

ANÁLISIS RESPONSABILIDAD PENAL CON BASE EN LA SENTENCIA NÚMERO STS 1885/2017, MADRID, DEL VEINTICUATRO DE MAYO DE DOS MIL DIECISIETE, ¿Y LOS MÉTODOS DE COMPLIANCE?

M.Sc. Warren Corrales Castillo *

RESUMEN

El presente trabajo busca aportar a la sociedad, en general, y al mundo jurídico, en específico, un marco donde se desarrollan temas, tales como la dignidad, la presunción de inocencia, la ignorancia deliberada, la libertad, derecho de defensa, incorrecta valoración prueba, la mínima intervención del derecho penal, entre otros. Así como nos exigen a las personas físicas ser íntegras y personas de bien y respetuosas del orden social y legal establecido, llegará el momento que, a través y de la mano del compliance como herramienta y vía, les podrán exigir ese mismo nivel de integridad e, incluso más, a las personas jurídicas, contribuyendo, en ese proceso, a mejorar como sociedad jurídica y de derecho que somos.

Palabras clave: Responsabilidad penal, derecho penal, *compliance*, derechos fundamentales la prueba como instituto.

ABSTRACT

This paper seeks to provide society in general, and the legal world in particular, with a framework in which issues such as dignity, the presumption of innocence, deliberate ignorance, freedom, the right to defense, incorrect assessment of evidence, and the minimum intervention of criminal law, among others, are developed. Just as it is required of us individuals to be honest and to comply with social and legal standards; the time will come when, through compliance as a tool and a way, we will be able to demand the same level of integrity, and even more, from legal entities, contributing in this process to improve as a legal and law society that we are.

Keywords: Criminal liability, criminal law, compliance, fundamental rights, the proof of evidence as an institute.

Recibido: 9 de marzo 2020

Aprobado: 8 de diciembre 2021

* Máster en Asesoría Jurídica de Empresa por la Universidad Carlos III de Madrid; máster en Derecho Comercial y *Compliance* por la Universidad Carlos III de Madrid; máster en Derecho de la Empresa por la Universidad para la Cooperación Internacional; licenciado en Derecho por la Universidad de Costa Rica. corrales_warren@hotmail.com

Introducción-. - 1. El estudio de la sentencia número STS 1885/2017, Madrid, del veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete desde la óptica del compliance penal. - 1.a) Análisis sucinto y breve de la sentencia. - 1.b) Análisis del artículo artículo 305 del Código Penal, el cual tipifica el delito de fraude fiscal. - 1.c) La defensa de la delegación. - **2. Institutos jurídico-constitucionales violentados del derecho penal. - 2 a)** Presunción de inocencia e ignorancia debida: derecho penal de mínima intervención Incorrecta valoración prueba. - 2.b) Dignidad e integridad física y moral: derecho a no inculparse y dilaciones indebidas. - 2. c) Libertad: fundamento de la imputación al mismo de sus actos. El error de prohibición y la tipicidad objetiva. - **3. El compliance como eximente o argumento para rebajar la condena. - 3.a)** Legislación aplicable general y legislación aplicable específica: ISO 37001 “Antibribery management systems”, la norma UNE 19601 y la circular de Fiscalía General del Estado. - 3.b) La definición general de compliance y la figura del compliance officer. - 3.c) Una primera aproximación al término jurídico del gobierno corporativo y los modelos de organización y gestión, y medios de prevención. - **Conclusiones. - Bibliografía.**

Introducción

El tema que desarrollaré en este trabajo es muy interesante porque engloba varios institutos jurídicos, por lo que es necesario preguntarnos desde un inicio, y así será el abordaje a lo largo del documento, ¿qué pasó en este caso con el compliance? y ¿por qué la empresa que asesoró no tuvo ninguna responsabilidad? Sin embargo, devolvámonos un poco para adentrarnos de lleno en la cuestión.

Esta sentencia además de que tiene muchísimo material jurídico para comentar, tiene otros aspectos extradogmáticos que valen la pena rescatar, porque al resolver las personas juzgadoras podrían haberse dejado llevar en cierta medida por estos factores extrínsecos, como por ejemplo, la notoriedad del caso, la figura de Messi y lo que este significa, y el mensaje que podrían aprovechar para enviar al resto de la sociedad.

Así, estaremos tratando temas, tales como la dignidad, la presunción de inocencia, la ignorancia deliberada, la libertad, el derecho de defensa, la incorrecta valoración prueba, la mínima intervención del derecho penal, entre otros.

En un primer capítulo, presentaré un breve y sucinto análisis de la sentencia, en un segundo capítulo trataré sobre aquellos institutos jurídicos que se mencionan en la sentencia tanto del lado de la defensa como de la otra parte, junto con las garantías jurídico constitucionales en el ámbito penal. En el tercer capítulo, realizaré un abordaje sencillo de lo que se entiende por compliance y desarrollaré las ideas de responsabilidad de la empresa asesora y del compliance para el caso específico. Luego finalizaré con el motivo por el que no se condena a ninguna de las empresas relacionadas.

Lo que deseo con este trabajo es explicar la sentencia desde una óptica crítica. Pretendo crear conciencia de la situación y tratar de obtener posibles soluciones a escenarios donde nos encontremos ante similares problemáticas, atendiendo siempre a la figura (no tan moderna) del compliance. Concluyo señalando que, si Messi hubiera tenido una compleja estructura de compliance, podría haberse evitado una condena por delito de fraude fiscal.

1. El estudio de la sentencia número STS 1885/2017, Madrid, veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete desde la óptica del *compliance* penal.

1.a) Análisis sucinto y breve de la sentencia

Para iniciar con el abordaje de estas situaciones a las que nos referimos, es importante saber de qué estamos hablando y cuál fue el progreso que, en criterio de este autor, se llevó a cabo con esta sentencia, en la que inicialmente se condenó a Messi y a su padre a cárcel por el delito de fraude fiscal.

El Supremo en la sentencia confirmó la condena impuesta a Messi y a su progenitor por delito de defraudación fiscal, a su padre en la variante de cooperador necesario (la sentencia se rebajó al apreciar la atenuante de reparación del daño por la devolución a Hacienda del dinero defraudado antes de que se iniciara el juicio). En la sentencia, se indicó que ambos habían cometido tres fraudes en sus declaraciones de Impuesto Renta Personas Físicas (IRPF) al no tributar los ingresos percibidos por derechos de imagen ante Hacienda.

Se le impuso un total de 21 meses de prisión a Messi y 15 meses a su padre, una multa que rondaba los dos millones, junto con la obligación de cancelar los 4,1 millones defraudados a Hacienda. Es muy relevante indicar que esta sentencia trae consigo una condena a Messi que no fue reclamada en su momento por la Fiscalía, la cual solo acusó a su padre. La abogacía del Estado, en representación de Hacienda, fue la parte que solicitó la condena, una tesis que al final fue avalada por el alto tribunal.

Grosso modo, los argumentos del Supremo se basaron en el razonamiento de que Messi conocía inequívocamente su obligación de tributar los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen. Pero discrepó de

esta cuestión, ya que, en ningún momento, Messi ignoraba su deber de tributar (hecho que no se probó, ya que el dolo debía probarse). Precisamente por ello, contrató a una empresa especializada y dedicada a esta labor, ya que él no tenía los conocimientos para hacerlo.

En este punto, debemos partir de una noción muy básica porque, a criterio de este autor, Messi no es una persona física normal como cualquier otra que percibe ingresos. Messi debería ser visto como una empresa en sí mismo (algo así como Messi, S. A.) y, por ello, como empresa que es, debió buscar asesoramiento profesional en el tema, porque el dinero que él recibe no es normal en cantidad y para tributar con base en ello se necesita ayuda técnica.

Ahí es precisamente donde siento yo que radica el problema, al pretender tratarlo como una persona física común y corriente y utilizar argumentos que aplicarían a una persona común que percibe un salario como profesional en el ámbito que sea (y aun así, se busca siempre un contador como mínimo que presente los formularios y haga los cálculos). Vemos que esta noción propia que tengo debería aplicarles a todas las personas que estén en una situación parecida a Messi, no solamente es de un tema de que él es Messi.

Es menester indicar que Messi se dedica a patear un balón y tiene otras personas que se dedican profesionalmente a lo que le rodea y, precisamente, delega estas actividades en esas personas y confía en su juicio.

Si una empresa especialista le dice que tiene que pagar 100, Messi va a pagar 100 y listo. No se va a empezar a debatir cuestiones que no conoce ni entiende y menos va a decir o se le debería exigir que piense, critique o se cuestione que ese monto es muy bajo o cuestiones similares, y jamás el sistema jurídico puede obligarlo a ello.

Sin embargo, la sentencia del a quo¹ señaló:

El desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer”. [Continúa diciendo]: “actuó con una grave indiferencia al evitar tener una información que estaba a su alcance por medios fiables, rápidos y ordinarios por lo que consideró que el futbolista actuó con dolo (voluntad deliberada de cometer delito) y con la consciencia de que se iba a realizar un acto ilícito.

Por último, se debe dejar claro que, a criterio del tribunal, en su declaración sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), correspondiente a los ejercicios 2007, 2008 y 2009, Messi omitió declarar ante la Agencia Tributaria española, los ingresos obtenidos por la explotación de sus derechos de imagen, creando la apariencia de cesión de los derechos de imagen del jugador a sociedades radicadas en países, cuya legislación tributaria permitía la opacidad, mejor conocidos como paraísos fiscales.

1.b) Análisis del artículo 305 del Código Penal, el cual tipifica el delito de fraude fiscal

Para efectos del presente trabajo, dicho artículo señala lo siguiente:

El que, por acción u omisión, defraude a la Hacienda Pública estatal, autonómica,

foral o local, eludiendo el pago de tributos, cantidades retenidas o que se hubieran debido retener o ingresos a cuenta, obteniendo indebidamente devoluciones o disfrutando beneficios fiscales de la misma forma, siempre que la cuantía de la cuota defraudada, el importe no ingresado de las retenciones o ingresos a cuenta o de las devoluciones o beneficios fiscales indebidamente obtenidos o disfrutados exceda de ciento veinte mil euros será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía, salvo que hubiere regularizado su situación tributaria en los términos del apartado 4 del presente artículo.

Desde la óptica objetiva² del derecho penal, el tipo penal supracitado se configura y constituye por un autor caracterizado por ser deudor tributario; eso es inicial y vital. Se trata de un delito especial que solamente puede cometer quien tiene esa condición, de ahí la caracterización de especial³ o calificado⁴. Sin embargo, eso no significa ni exige que el autor lleva a cabo el comportamiento típico con su propia mano⁵ a pesar de lo indicado antes; y esto, según veremos adelante, es muy importante.

Aunado a ello, introdujimos un aspecto esencialmente omisivo en tanto supone la infracción del deber de contribuir que la doctrina clasifica dentro de los “mandatos de

1 Ver Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona. Sentencia del 5 de julio de 2016.

2 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial. Derecho penal económico y de la empresa. ISBN 978-84-9148-622-0, pp. 169-236.

3 Márquez Cardenas, Álvaro y otros. La coautoría: delitos comunes y especiales. Revista Diálogos de Saberes. (Enero-junio 2008). Bogotá, Colombia. Universidad Libre.

4 Zaffaroni, Eugenio Raúl. (2011). Manual derecho penal, parte general. Buenos Aires. Argentina: Ediar, Sociedad Anónima Editora.

5 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Omisiones de derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo). 2018, ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 61-68.

determinación⁶”, los cuales llevan a clasificar el delito dentro de la categoría de “en blanco⁷”.

No obstante, tal actuación no se limita solamente a la mera pasividad; de hecho, admite cualesquiera de las distintas modalidades de acción u omisión que el anterior numeral supraindicado prevé. Lo anterior nos lleva a concluir que no es suficiente la mera elusión de la presentación de la preceptiva declaración y liquidación o la inexactitud de esta.

El desvalor de la acción exige el despliegue de una “cierta conducta o artificio engañoso⁸” que lleva a incluir este delito dentro de la categoría de los de “medios determinados funcionales⁹” para mantener oculta a la Hacienda la existencia del hecho imponible. Así, se requiere un resultado constituido por el perjuicio económico para Hacienda que será típico si alcanza la cantidad fijada en la norma penal.

Este “perjuicio deriva de aquella actuación engañosa, lo que excluye de la tipicidad los casos en que el comportamiento del sujeto no impide u obstaculiza de manera relevante la actuación de comprobación¹⁰” por Hacienda para la efectividad de la recaudación, diferenciándose por ello de la mera infracción sancionada administrativamente.

1.c) La defensa de la delegación

En el caso específico de delito de fraude fiscal y por lo que concierne al sujeto cuya obligación y deber es tributar, se incluyen también otros deberes accesorios como los de veracidad, declaración y pago. Sin embargo, en el motivo del recurso, se indican las consecuencias de una “*organización del hecho en la que el sujeto especial delega en un extraneus la función de cumplir determinados deberes que recaen sobre el delegante*¹¹”.

La representación de Messi, en palabras del tribunal:

“acude a la astucia terminológica al utilizar el concepto de delegación, pero ello no puede hacernos olvidar la diversidad de los supuestos en que la acción delictiva se despliega cuando lo hace en el marco de una organización jerarquizada y compleja en lo económico y en lo jurídico respecto de

*aquellos otros en los que la pluralidad de intervinientes se desarrolla horizontalmente (codelincuencia)*¹².

Adentrándonos en materia, tenemos primero el “concepto de la creación del riesgo por la empresa, en la que intervienen pluralidad de partes, que son generalmente relacionados entre si de manera jerárquica, lo que obliga a la búsqueda

6 Navarro Frías, Irene. (2010). Mandato de determinación y tipicidad penal. Estudios de derecho penal y criminología. Editorial Comares,

7 Entre otros, Souto, Miguel Abel. (2005). Las leyes penales en blanco. Universidad Santiago de Compostela. Revista Nuevo Foro Penal, número 68, Galicia, España.

8 Silva Sánchez, Jesús-María. (2013). Mandato de determinación e imprudencia. Indret Penal. Argentina.

9 Salom, Cecilia. (2016). Tipo penal y mandato de determinación. Diario Penal, n.º 118. La crisis de la legislación contemporánea, Uruguay.

10 Fernández, José Ángel. (2017). La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza. Estudios de Derecho Constitucional. Revista chilena derecho. Vol. 44 n.º 3, Santiago de Chile.

11 STS 629/2016 citando las STS n.º 586/2014 del 23 de julio; n.º 272/2012 de 29 de marzo; la del 3 de Febrero del 2012, resolviendo el recurso: n.º 11359/2011 y la n.º 1300/2011 del 23 de noviembre, con cita de la del 27 de mayo de 2011; la n.º 1073/2010 del 25 de noviembre y la de 28 de octubre de 2010.

12 Entre otras, STS n.º 830/2016 del 3 de noviembre, SSTs 318/2006 del 15 de abril, SSTs n.º 199/2012 de 15 de marzo.

de criterios de imputación para determinar quién de aquellos es criminalmente responsable¹³”.

Algún sector doctrinal¹⁴ propone el criterio de competencia prescindiendo de criterios meramente formales y partiendo de la delimitación de ámbitos de organización dentro de la empresa. Esto procede en virtud de la desvinculación de las declaraciones, según la delegación que hizo en asesores fiscales, de conformidad con los artículos 305 y 31 del Código Penal.

Podríamos proceder con ese análisis bajo criterios como el de confianza que justifica que la ineludible delegación¹⁵ de quienes están en un peldaño de subordinados se traduzca en que queden excluidos de responsabilidad penal, si aquella confianza resulta legítima. De otra forma, “cuando la responsabilidad penal puede atribuirse, en los específicos casos así tipificados, a la persona jurídica, ésta puede resultar exenta de esa responsabilidad penal¹⁶”. Pero, eso sí, sucede cuando la confianza en el gestor que actúa por ella antecede las precauciones del artículo 31 bis, 2 del Código Penal.

Pero, “cuando la pluralidad de sujetos concurrentes a la producción delictiva se manifiesta en una especie de asociación

horizontal, fuera del marco de una organización económica o jurídica compleja, y que puede dar lugar a responsabilidades penales plurales, sea de coautoría o de participación, resulta extraño el concepto mismo de delegación¹⁷”. La distribución de funciones entre los partícipes acarrea entonces acumulación de responsables criminales¹⁸. En ningún caso se exonera a ninguno de ellos.

Tal dominio del devenir delictivo no desaparece, como pretende hacerlo ver la posición de Messi, “por delegar actuaciones en otros sujetos, siempre y cuando se conserve la competencia para recabar la información de su cumplimiento por el delegado y cuando se esté ante un escenario fáctico donde puede revocar la delegación¹⁹”.

Sobre ello, conviene indicar que “*la referencia que se hace a la ineludible demanda de asesoramiento técnico en sociedades complejas y en el ámbito de actuación referida a determinados deberes, podría dar lugar a reflexiones en el ámbito de la culpabilidad cuestionando la exigibilidad de una conducta diversa a la seguida por el autor²⁰*”, pero solo ahí en ese ámbito y no en la tipicidad.

Ahora bien, pero ¿qué fue lo que sucedió para que el tribunal considerara la actuación delegada como delito fiscal? La actuación consistió en una estrategia que creó la apariencia de cesión de los

13 STS de 20 de julio 2006, SSTs n.º 1158/10 del 16 de diciembre y STC 78/2013.

14 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa. Actualidad jurídica Aranzadi, ISSN 1132-0257, n.º 843, 2012, p. 6.

15 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2017). La paradoja de Rudolphi: legítima defensa y no evitación de la muerte del agresor. Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig / coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.). ISBN 978-9974-745-33-9, pp. 539-550.

16 SSTC 197/1995 del 21 de diciembre; F STS 126/2014 del 21 de febrero; STS n.º 77/2006 del 1 de febrero y STS 1387/2004 del 27 de diciembre.

17 SSTC 161/1997 del 2 de octubre; F. 5, STS n.º 883/2009 del 10 de septiembre; STS n.º 1247/2009 del 11 de diciembre; STS 1387/2004 del 27 de diciembre (fundamento de derecho 11º) y STS 77/2006 del 1 de febrero.

18 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Omisiones en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 4.

19 SSTC 229/1999 del 13 de diciembre, F. 3 b., STS n.º 34/2007 del 1 de febrero y STS n.º 606/2010.

20 SSTC 127/2000 de 16 de mayo, F. 4 a); STS n.º 78/2009 del 11 de febrero y SSTC 120/2005.

derechos de imagen del jugador a sociedades radicadas en países, cuya legislación tributaria permitía la opacidad.

Se afirma, bajo este orden de cuestiones, que esto se produjo a través de un comportamiento activo²¹. Una parte consistió en la presentación de la declaración en la que se omitió comunicar la percepción de ingresos obtenidos por derechos de imagen.

Esta parte del comportamiento típico “*vincula [la sentencia] inescindiblemente al disimulo de la percepción por el acusado mediante actos previos de simulación de otro sujeto como receptor (las sociedades formalmente cesionarias) como presupuesto ineludible de su éxito*”²².

Por ello, la jurisprudencia ha señalado que “es en la construcción del artificio formal jurídico en la que se describe la ineludible ejecución por el acusado de actos materiales de realización del tipo penal, de los que es muestra esencial, el asumir las contrataciones”²³.

Como se ha indicado, la acción típica²⁴, más que en la presentación de la autoliquidación, se concreta en esa “*actuación de fraude que hace posible a través de dicha formal liquidación ocultar, primero, la existencia de la base imponible y, después, eludir el pago de la cuota momentos ambos del complejo iter de actos de ejecución típica del delito*”²⁵.

Por ello se reitera que la anterior expuesta relación exige, como presupuesto, que:

*aquella actividad probatoria se constituya válidamente por la producción de medios obtenidos de fuentes con respeto de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales y libertades constitucionales. Y, además, que la actividad probatoria se haya llevado a cabo en juicio celebrado con publicidad y bajo condiciones de contradicción, sin quiebra del derecho a no sufrir indefensión*²⁶.

Sobre este punto en particular, la jurisprudencia ha señalado, con bastante atino, que:

*la justificación interna de la decisión emplaza a una aplicación del canon que suministren la lógica y la experiencia o ciencia, de tal suerte que pueda decirse que desde aquellos datos se deba inferir que la afirmación de los hechos en los que se sustenta la condena, los elementos objetivos, pero también los subjetivos, son una conclusión coherente que, con absoluta prescindencia de la subjetividad del juzgador, generen una certeza que, por avalada por esos cánones, debe calificarse de objetiva*²⁷.

De ello se puede desprender que la argumentación de la conclusión probatoria debe partir de:

21 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público. ISBN 978-84-15759-59-1, pp. 257-284.

22 STC 161/1997 del 2 de octubre, F. 5.; SSTC 57/2010, STS 952/2006 y SSTS 560/2014.

23 STC 67/2001 del 17 de marzo, F. 6) y SSTS 500/2015.

24 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Los ‘supuestos de atipicidad’ en los delitos de tráfico de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad. Teoría del derecho y decisión judicial. Coord. por Juan Antonio García Amado, Pablo Raúl Bonorino Ramírez. ISBN 978-84-9916-880-7, pp. 375-440.

25 SSTC 237/2001 y SSTS 520/2016 y SSTS 909/2016.

26 SSTC 177/2004 y SSTS 211/2017.

27 SSTC 153/2005 y STS 643/2008 de 10-10.

*proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente como premisas correctas (justificación externa) y desde aquellas las inferencias (justificación interna) se debe acomodar al canon de coherencia lógica y a la enseñanza de la experiencia, entendida como una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes*²⁸.

Esto es menester analizarlo, ya que claramente resulta y deviene inconstitucional limitar la valoración de la prueba resultante a la conciencia del juzgador o a su íntima convicción²⁹, cuestiones ya ampliamente superadas, al menos en la teoría jurídica, por notoriamente insuficiente como garantía de la ciudadanía, por lo que “aquella objetividad es la única calidad que hace merecer la aceptación de los ciudadanos, sean parte o no en el proceso, y con ello confiere legitimidad a la decisión de condena³⁰”.

La certeza alcanzada puede, sin embargo, “no excluir dudas, por lo demás, consustanciales al conocimiento humano³¹”. Ciertamente las

dudas pueden surgir “por un lado respecto de aquella justificación interna, si la conclusión asumida no es la única posible, y, por otro lado, de la razonabilidad de inferencias a partir de otros datos externos con los que cabe construir tesis alternativas excluyentes de la imputación³²”.

En el segundo capítulo, a continuación, hablaremos sobre todas estas garantías de índole jurídico constitucional en el derecho penal³³.

Por último, resta indicar que ciertamente resulta difícil de comprender que los asesores a los que se acudió hayan sido excluidos de toda preocupación acusadora por el Ministerio Fiscal y la abogacía del Estado. Pero tan insólita actitud de esas acusaciones no puede incrementar el indeseable resultado de añadir a tal eventual impunidad la del defraudador aquí acusado.

2. Institutos jurídico-constitucionales del derecho penal violentados

2 a) Presunción de inocencia e ignorancia debida: derecho penal de mínima intervención Incorrecta valoración prueba

El artículo 24, 2 de la Constitución Política española indica que “*es una garantía que implica una determinada relación, lógica y científica, entre el resultado de la actividad probatoria y la certeza que el Tribunal que condene debe tener respecto a la verdad de la imputación formulada en contra del penado*”.

En este análisis, siempre se debe tener en cuenta que el derecho penal es de mínima intervención³⁴, o ultima ratio, para no caer en el derecho penal del

28 SSTC 38/2008.

29 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2003). Fundamentos de la responsabilidad por injerencia en derecho penal. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Gómez Benítez (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid

30 SSTC 43/2008.

31 SSTC 33/2008

32 SSTC 71/2009

33 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2006). Omisión e injerencia en derecho penal. Valencia: Tirant lo Blanch, ISBN 84-8456-652-8.

34 Martínez Rodríguez, José Antonio. (2015). El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos. Revista del sector inmobiliario, ISSN 2335-5573, n.º. 150, pp. 34-38.

enemigo³⁵. De igual manera, según se explicará y argumentará, bajo el examen de la conducta de Messi, se deberá siempre tomar en cuenta si se violentó el principio de incorrecta valoración de la prueba³⁶, criterio al que hizo alusión la defensa de Messi varias veces en la sentencia.

Y es que, desde la perspectiva de la garantía constitucional del instituto de la presunción de inocencia³⁷, no importa si el tribunal dudó o no, sino si debió dudar. No es acorde con la Constitución mantener una condena en el escenario en que se presenta con no menos objetividad la tesis de la imputación que la alternativa absolutoria. La presunción de inocencia radica en un derecho humano fundamental. Toda persona es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

En el caso bajo estudio, quedaron debidamente acreditados otros datos, como la ausencia de contraprestaciones en las cesiones de derechos a las dos personas jurídicas indicadas, la intervención personal del recurrente en la negociación de derechos, cuya titularidad aparentemente había transferido o que los beneficios reportados reviertan a una sociedad de exclusivo dominio del recurrente.

Sin embargo, de conformidad con estos datos de justificación externa, la conclusión inferida de que se simuló una intervención de sujetos diferente de la de quienes realmente decidían lo contratado, *“se presenta con justificación interna coherente, ya que entre base y conclusión existe*

el enlace sólido que suministra el canon lógico y la experiencia³⁸”.

Lo que la tutela judicial exige es “que no se prescinda de valorar lo que, aunque con debilidad, concurra a formar correcto juicio sobre los datos que tengan efectiva trascendencia en la construcción retórica que justifica la decisión³⁹”. Un método que vaya en contra de lo anterior tendría serios problemas al enfrentarse con las exigencias de la garantía constitucional de presunción de inocencia.

Ahora bien, en la sentencia del Tribunal Supremo, número 68/2011 del 15 de febrero, se introduce un instituto jurídico que es necesario aludir, la ignorancia deliberada, en dicha sentencia se indicó:

En alguno de los precedentes de esta Sala, no obstante, se ha mencionado la ignorancia deliberada, como criterio para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo, es decir, para tener por probado que el autor obró conociendo los elementos del tipo objetivo (hecho constitutivo de la infracción penal en la terminología del (art. 14.1 CP) o de un hecho que cualifique la infracción penal, como es el caso de la cantidad de notoria importancia discutida en el recurso).

Este concepto, que resulta muy interesante para su aplicabilidad al caso en cuestión, es utilizado

35 Derecho penal del enemigo es la expresión acuñada por Günther Jakobs en 1985, para referirse a las normas que, en el Código Penal alemán sancionaban penalmente conductas, sin que se haya afectado el bien jurídico, pues ni siquiera se trataba del inicio de la ejecución: Jakobs, Günther. (2003). Derecho penal del enemigo. Thompson Civitas. Primera Edición.

36 Sarrulle, O. E. El sentido de la pena en el derecho argentino. En M. Gerez Ambertin. (2006). Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico (Vol. I, pp. 31-36). Buenos Aires: Letra Viva,

37 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012 . (coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.), ISBN 978-84-9033-875-9, pp. 395-404.

38 SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga c. España.

39 SSTEDH 281 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas c. España.

para tener por acreditado el elemento cognitivo del dolo; es decir, para tener por probado que la persona que cometió el delito actuó conociendo los elementos del tipo objetivo o de un hecho que cualifique la infracción penal⁴⁰. Debemos, por lo tanto, aclarar que, en el derecho vigente, no cabe la presunción del dolo, ni eliminar sin más las exigencias probatorias del elemento cognitivo del dolo.

Como ha indicado la jurisprudencia:

la consciencia y voluntad del método y resultado fraudulento en relación con deber de tributar por IRPF, viene evidenciado por los datos objetivos constatados por prueba directa e indiciaria que acreditan los actos que se dicen ejecutados material y directamente por el acusado y que permiten inferir consciencia y voluntad de que con tales actos eludía el debido pago fiscal⁴¹.

En definitiva, la existencia de conocimiento concurre inequívocamente respecto de los elementos que exige el tipo fiscal y que han sido definidos en la jurisprudencia:

“a) sobre la situación económica que genera la obligación de tributar constituida por la efectiva percepción de los derechos de imagen con le retribuyeron terceros, es decir el hecho imponible; b) el deber de tributar por razón del mismo; y, c) el incumpliendo del deber o sea el hecho del impago⁴².

Es interesante porque la sentencia del a quo excluye expresamente el error: “el desconocimiento evitable, derivado de la indiferencia, no es un

error, y no puede provocar una descarga de la responsabilidad. No puede errar aquél que no tiene interés en conocer⁴³”.

En su razonamiento, compara o iguala la actuación delictiva (o no actuación) de Messi con la falta de conocimiento o desconocimiento, señalando que no es de recibo indicar que tal actuación se debió a desconocimiento; en otras palabras, que no podía desconocer que eso era un delito o que eso era su obligación. Introduce en su análisis algo así como que ninguna persona puede alegar ignorancia de la ley, como reza aquel antiguo principio general del derecho.

2.b) Dignidad e integridad física y moral: derecho a no inculparse y dilaciones indebidas

Dentro del acervo constitucional que engloba los conceptos de dignidad e integridad física y moral en el ámbito penal, debemos referirnos necesariamente al derecho a no inculparse y dilaciones indebidas que forman parte del general del principio de inocencia analizado supra.

Sobre este último diremos, en palabras del profesor tratadista Vélez Maricón de que:

en verdad el principio no consagra una presunción legal como se pudiera desprender de su denominación tradicional, sino un estado jurídico del imputado, el cual es inocente hasta que sea declarado responsable penalmente por sentencia firme, y esto no obsta a que durante el proceso pueda existir una presunción judicial de responsabilidad penal, capaz de

40 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). Reglas de determinación de la pena. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal 2019. Coord. por Fernando Molina Fernández. ISBN 978-84-17317-97-3, pp. 623-659.

41 SSTEDH 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España.

42 SSTC 705/2006 de 28-6.

43 SSTC 892/2008 de 26-12.

justificar medidas cautelares personales. Los positivistas al equiparar el principio de inocencia, en su razonamiento, con la presunción del juez que decreta el procesamiento o prisión preventiva y por en de tacharlo de irracional y absurdo, confunden lo que técnicamente son cosas absolutamente distintas, dado que el principio legalmente consagrado es una cuestión abstracta, a priori de la realidad, que reconoce un estado natural del hombre y cuya función es orientar el enjuiciamiento criminal de un individuo respetando esta condición, lo que no significa que el juez, en un caso concreto, pueda presumir la responsabilidad penal de un individuo y tomar decisiones, permitidas en forma estricta por la ley, que reflejen tal convicción⁴⁴.

Con respecto a la facultad de no declarar contra sí mismo, pilar también de los derechos humanos de índole constitucional, resta advertir que tal derecho no es en absoluto irrenunciable. El “acusado puede declarar cuantas veces desee, siempre advertido del derecho a no hacerlo⁴⁵”. En el presente caso, el asesoramiento al efecto fue evidente, ya que fueron sus asesores, a quienes Messi reconoció alta cualificación técnica, los que contestaron los requerimientos.

Este punto argumentativo es muy válido, y siento que se echó de menos en el análisis por parte del tribunal, ya que Messi encomendó dicha tarea a unos asesores bastante cualificados técnicamente, para que le llevaran la contabilidad. Eran profesionales que se dedicaban a ello, por lo que, resulta ilusorio, cuanto menos, que

el tribunal le haya restado importancia a este hecho. Sin embargo, el tribunal reiteró que no fue la declaración que hizo Messi en lo que se fundamentó su condena.

La jurisprudencia⁴⁶ ha tratado este derecho en innumerables ocasiones. Así en la STC 142/2009, se advirtió que:

no atentaba al derecho a no autoincriminarse, siquiera en el ámbito de un procedimiento administrativo sancionador; que en la comparecencia en el expediente de información reservada los recurrentes fueran preguntados sobre los hechos denunciados, tras darse lectura al escrito de denuncia, realizando libremente y sin coacción alguna las declaraciones que tuvieron por conveniente y añadiendo, también de forma absolutamente voluntaria - como destaca el órgano judicial- las manifestaciones por las que posteriormente fueron sancionados.

Aunado a ello, el Tribunal Constitucional ha establecido una bien conocida doctrina que se ve plasmada en la sentencia 68/2006:

“los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en

44 Vélez Mariconde, Alfredo. (1986). Derecho procesal penal. Tomo I. Edit. Marcos Lemer. Córdoba: Editora Córdoba S.R.L., 3a ed. pp. 139-144 (derecho procesal cordobés).

45 STC 18/2005 del 1 de febrero.

46 Ver entre otras, SSTS 338/2010 del 16-4; SSTS 877/2011 del 21- 7; SSTS 207/2012 del 12- 3; SSTC 40/2009 de 28-1 y del 12-6; STS n.º 140/2017 del 6 de marzo; SSTS 987/2011 del 15-10; SSTS 330/2012 del 14-5 y SSTS 484/2012 del 12-6.

ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable; no apreciándose la existencia del requisito subjetivo de que la coacción haya sido ejercida por el poder público sobre la persona que facilitó la información inculpativa y que finalmente fue la destinataria de las medidas punitivas, debe desestimarse el recurso de amparo.

De lo anterior, se derivan dos conceptos muy relevantes también en este análisis. Por un lado, tenemos el plazo razonable, el cual se conjuga con el anterior en el sentido del derecho a ser escuchado y se encuentra regulado por el artículo 6 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, el cual reconoce a toda persona el “derecho a que la causa sea oída dentro de un plazo razonable”.

Aunado a ello, tenemos el concepto de la prohibición de dilaciones indebidas, concepto que se encuentra desarrollado ampliamente por la Constitución Política española en su artículo 24.2, el cual difiere en sus parámetros interpretativos.

Las dilaciones indebidas son “una suerte de proscripción de retardos en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de tales actos procesales⁴⁷”.

Por el contrario, el plazo razonable es un concepto mucho más amplio que significa “el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, que ha de tener como índices referenciales la complejidad de la misma, y los avatares procesales de otras de la propia naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia⁴⁸”.

2. c) Libertad: fundamento de la imputación al mismo de sus actos. El error de prohibición y la tipicidad objetiva

El error de prohibición se define como “aquella creencia errónea o equivocada de que una conducta no es penalmente antijurídica o prohibida aún sabiendo que con carácter general si es antijurídica o ilícita⁴⁹”. De acuerdo con gran parte de la doctrina⁵⁰ y la jurisprudencia, este error es irrelevante porque:

al tener el sujeto conciencia de la antijuridicidad, ello ya basta para la culpabilidad de su acción. Pero la posibilidad de determinación normal por la norma, que requiere la culpabilidad, si que es menor al no conocer la gravedad de la prohibición y la conminación penal de la misma, por lo que cabe apreciar disminución de la culpabilidad y, por tanto, una atenuante analógica en el error sobre la prohibición penal⁵¹.

47 SSTS 91/2010 del 15-2.

48 SSTS 269/2010 del 30-3.

49 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2019). Dos interpretaciones “contra legem” del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4). Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro. Vol. 1. ISBN 9788483447222, pp. 415-430.

50 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013. Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica del 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, del 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma del 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada / coord. por José Ramón Antón Boix; Francisco Javier Álvarez García (dir.). ISBN 978-84-9086-220-9, pp. 18-36.

51 Murillo Rodríguez, Roy. (2009). Modernas tendencias en el derecho penitenciario: las propuestas del “derecho penitenciario mínimo”, el “Derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Este error es definido por el artículo 14 del Código Penal español, el cual literalmente señala:

1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

El análisis que plantea el autor Jara Müller es interesante, el cual indica que:

en la legislación penal no rige la presunción de conocimiento de la ley. En virtud de que toda persona goza del estado de inocencia, no puede regir en materia penal la presunción de derecho de conocimiento de la ley del artículo 8 del Código Civil chileno; de lo contrario significaría que se estaría conjeturando de derecho uno de los elementos de la responsabilidad criminal, esto es la conciencia de la antijuridicidad, que se ubica dentro de la culpabilidad que, a su vez, es uno de los componentes del delito. Es así como en el estudio de la culpabilidad y sus elementos, vemos cómo el error de prohibición inevitable excluye la culpabilidad y el evitable la disminuye, pero tanto en uno como en otro caso, al ser

*plausible en nuestro ordenamiento jurídico la teoría del error de prohibición, se demuestra que la presunción de conocimiento de la ley no rige en materia penal*⁵².

En la doctrina alemana, se sostiene, en general, que:

la evitabilidad del error de prohibición requiere lo siguiente: a) En primer lugar, el autor tiene que haber tenido una razón para verificar la licitud de su conducta. En general, se estima que existe una razón tal cuando el autor tiene al menos una leve duda acerca de la licitud de su conducta, cuando sabe que incursiona en una actividad sometida a una regulación legal específica y cuando sabe que su comportamiento perjudica a terceros o a la generalidad. b) Los medios para alcanzar el conocimiento del ilícito son la reflexión y la búsqueda de información. Por ello, se requiere, en segundo término, que el autor haya podido reconocer la ilicitud de su conducta, sea reflexionando, sea recabando información. c) En tercer lugar, se requiere que al autor le fuera exigible hacer uso de los medios para obtener el conocimiento del ilícito que tenía a su disposición. Además, en cuarto lugar, si el autor omitió informarse a pesar de tener una razón para hacerlo, la evitabilidad requiere, según la doctrina mayoritaria, la comprobación de que la información omitida habría conducido efectivamente al conocimiento de la prohibición (la llamada relevancia de las informaciones hipotéticas). Por último, por aplicación del principio de coincidencia temporal entre ilícito y culpabilidad, es preciso que el autor haya

52 Jara Müller, Juan Javier. (Agosto, 1999). Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. Estudios e investigaciones. Becario del Programa de Colaboración Docente Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Revista de Derecho, n.º especial, pp. 41-58.

*tenido la posibilidad de conocer el ilícito en el momento del hecho*⁵³.

Esto significa que el autor que se informa con una fuente confiable no tiene que seguir consultando, no le exigen hacerlo, “*de modo que si la información es incorrecta el error subsistente se considera inevitable, aunque el autor hubiese tenido aún otros medios para verificar la información y despejar el error*⁵⁴”. En cambio, se afirma que el “*autor no puede confiar en la información recibida, y le es exigible verificar si es correcta, cuando existen razones especiales para dudar de la confiabilidad de la información*⁵⁵”.

El error de prohibición se produce cuando “el sujeto, pese a conocer todos los presupuestos positivos y negativos de la prohibición, que llevarían al hombre medio ideal a reconocer tal prohibición, sin embargo, por circunstancias particulares suyas, desconoce tal prohibición⁵⁶”.

En palabras del tratadista Claus Roxin, la culpabilidad “*exigiría siempre una responsabilidad individual, aunque sí serían normativos los criterios para identificar cuándo el autor habría tenido una razón para cerciorarse sobre la antijuridicidad*⁵⁷”.

Otra solución relativiza el principio de culpabilidad, según Gunther Jakobs:

*la culpabilidad no sería una situación subjetiva a indagar en la cabeza del autor; sino un concepto determinado por los fines de la pena; y, con ello, también los criterios para la evitabilidad estarían regidos por necesidades de la prevención general positiva: el error sería evitable siempre que no haber tenido ese error fuera incumbencia (competencia) del autor; inevitable es sólo el error que puede ser descargado en otro sistema, o ser explicado como casualidad*⁵⁸”.

En América Latina, por su parte, solo se ha logrado que se convirtiera en opinión mayoritaria de la ciencia, más que de la jurisprudencia, “la idea que subyace en la teoría de la culpabilidad: el error de prohibición no excluye el dolo, pero excluye la culpabilidad y la pena si es inevitable⁵⁹”.

Ahora bien, un sector de la doctrina hace una diferenciación importante en cuanto a este tema. Se hace un análisis desde la teoría del dolo y desde la de la culpabilidad. La primera, de origen causalista, señala que “*el error de prohibición excluye el dolo (dolus malus). Si el error es invencible quedará excluida la imprudencia, mientras que esta subsistirá (como imprudentia iuris) si el error es vencible*”. Por su parte y en el otro extremo, tenemos la segunda que es de origen finalista, la cual: “*sostiene que el error de prohibición no afecta al dolo, sino a*

53 Córdoba, Fernando Jorge. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

54 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012, coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller, Francisco Javier Álvarez García (dir.). Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9033-875-9.

55 García Figueroa, Francisco. (2012). Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración del sector de la construcción. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

56 Olaizola Nogales, Inés. (Mayo, 2015). El error de prohibición. Catedrática derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona.

57 Roxin, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Tercera edición. Munich, 21, 811 s.

58 Jakobs, Günther. (1997). Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación. España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.

59 Córdoba, Fernando Jorge. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.

la culpabilidad, que queda excluida cuando el error es invencible y atenuada cuando el error es vencible⁶⁰”.

En sentido jurídico, un error de prohibición “no sólo es invencible cuando la formación de dudas era materialmente imposible, sino también cuando el sujeto poseía razones sensatas para suponer el carácter permitido de su hecho, de modo que la actitud de respeto hacia el Derecho que se manifiesta en su error no precisa sanción, a pesar de que tuviera dudas sobre la antijuridicidad del hecho⁶¹”.

Los medios para evitar un error de prohibición son la reflexión o la información. Sin embargo, para juzgar sobre la vencibilidad o invencibilidad del error, se pueden señalar tres requisitos⁶²:

El sujeto debe tener un motivo para informarse. El motivo puede provenir: “1) de dudas del propio sujeto (bien espontáneas o bien por terceros), 2) aun no teniendo dudas, el sujeto sabe que está actuando en un ámbito específicamente regulado; y, 3) cuando sabe que con su conducta daña a un tercero o a la colectividad⁶³”.

Existiendo el motivo, la persona ciudadana deberá consultar a una persona versada en derecho (abogado(a), persona juzgadora, catedrática, instancia oficial, por medio de la jurisprudencia o, incluso, en algunos casos, intentando aclararlo ella por sí misma). Incluso, existiendo motivo y no realizando suficientes esfuerzos, el error seguirá siendo vencible, si se confirma que una persona

versada en derecho le hubiera confirmado su conformidad con el derecho al sujeto en cuestión.

En el caso específico que nos compete, la defensa de Messi propuso y denunció que, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hubo una inaplicación indebida del artículo 14.3 del Código Penal (error de prohibición) en relación con el artículo 305 del Código Penal, junto con el artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por vulneración del artículo 24.1 de la Constitución Política española, en relación con el artículo 120.3 de esta.

Se produjo una condena pese a que la propia sentencia plantea la posibilidad de un error de prohibición, cuyo descarte o desestimación inexplicablemente, como la sentencia lo plantea,

no motiva en absoluto, siendo así que en efecto sí concurría un error invencible o inevitable de prohibición, con la obligada consecuencia, por tanto debió dictarse sentencia absolutoria. Y, por otra parte, en todo caso, el error habría sido invencible, sin que la sentencia, indica el recurrente, razone en modo alguno el rechazo de tal hipótesis.

Aunque el tema del trabajo no es la teoría del error de prohibición ni tampoco el derecho penal, he hecho un análisis más extenso en cuanto a este punto, porque considero que es vital para considerar que hubo algunos yerros en la sentencia condenatoria. En cuanto a este punto, creo que si se produjo algún error de prohibición, este fue invencible.

60 Olaizola Nogales, Inés. (Mayo, 2015). El error de prohibición. Catedrática derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona,

61 Roxin, Claus. (1997). Derecho penal. Parte general. Munich: Tercera Edición, 21, 811 s.

62 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo). ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 53-60.

63 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas. Coord. por Ángel Juanes Peces; Emilio Cortés Bechiarelli (aut.), Norberto Javier de la Mata Barranco (aut.), ISBN 978-84-16268-60-3, p. 1000.

Este argumento lo uno con el hecho de que precisamente Messi, quien desconocía por completo el derecho tributario y aún más de derecho tributario español, acudió a la contratación de una empresa especializada en esta materia y delegó en ellos el trabajo tributario y la confección de los formularios, porque ellos eran los expertos.

Bajo esa tesitura, ¿cómo va a ser posible que ahora los juzgadores lo acusen de un delito de fraude fiscal, si más bien utilizó los remedios y mecanismos existentes precisamente para no cometer ninguna falta? Lo anterior no es comprensible jurídicamente ni desde la óptica del derecho penal y su aplicación de ultima ratio.

En este mismo orden de ideas, si un lego en derecho recurre a especialistas en materia fiscal para que lo asesoren, pagando por el asesoramiento importantes honorarios, no actúa con indiferencia, ni ha querido deliberadamente ignorar cuáles eran sus obligaciones fiscales. Por el contrario, ha hecho lo que podía hacer, y es socialmente adecuado.

Sin embargo, en su argumentación, el tribunal señala que una cosa es conocer QUE se infringe el deber tributario y otra saber CÓMO se logra ese objetivo. La ignorancia de este «cómo» es lo que hace que quien pretende aquel objetivo acuda a quien le ilustre sobre el camino a seguir.

Pues bien, no resulta lógico admitir que quien percibe importantes ingresos ignore el deber de tributar por ello. Ni es lógico que quien constata que no abona nada en absoluto a Hacienda en España como tributo, pese a la elevada percepción de concretos ingresos (los derechos de imagen), no sepa que está defraudando ilícitamente.

Y, si alguna duda podría alcanzar a quien percibe eso, cualquiera que fuera su ingenuidad, las actuaciones que indican que interviene personalmente y no solamente estampando su firma en documentos, revelan su plena consciencia de que ese camino llevaba inexorablemente al insolidario resultado de la defraudación fiscal.

Descalifico ese último párrafo completa y rotundamente, porque me parece que realiza un juicio de valor sin pruebas y lo que en verdad está realizando para llegar a esa conclusión es una simple apreciación subjetiva carente de objetividad, una suposición, cuanto menos.

De dónde saca el tribunal que Messi o cualquier otro profesional lego acude a una empresa especialista en derecho tributario precisamente para defraudar, porque estas empresas conocen mejor cómo hacerlo, podría ser el caso, pero, ¿donde está la prueba irrefutable que acompañe tal supuesto?

El tribunal continúa indicando que eso es sencillamente el contenido del dolo directo, ni tan siquiera eventual. No estamos ante un caso de error invencible en el conocimiento de la

norma, sino ante la inteligencia que busca anular las dificultades que el desconocimiento de esta suponía para lograr el objetivo de burlarla.

Se busca la colaboración que participe en el objetivo respecto del cual ninguna duda se tiene sobre su ilicitud, sino solamente sobre el procedimiento de consecución. Sin duda es más rentable para el acusado que el mecanismo que la Hacienda, por más que, con carácter voluntario, pone a disposición del contribuyente ignorante: acudir a los servicios de ayuda al respecto por la administración financiera.

3. **El *compliance* como eximente o argumento para rebajar la condena**

3.a) **Legislación aplicable general y legislación aplicable específica: ISO 37001 “Antibribery management systems”, la norma UNE 19601 y la circular de la Fiscalía General del Estado**

En este momento, es menester detenernos de manera muy breve y enunciar los antecedentes a la regulación del gobierno corporativo en España para tener un panorama normativo de donde estamos y hacia donde vamos. Así, tenemos como antecedentes el Código Civil de 1885, la Ley de Sociedades Anónimas de 1951, la revolución de los directores Ley 19/1989 y, los más importantes y a los que les dedicaremos algunas líneas, los Informes Olivencia 98, Aldama 03 y el Código Conthe.

Con respecto a este último punto, conviene indicar que, dentro de las recomendaciones y regulación del gobierno corporativo en España,⁶⁴ podemos encontrar el Informe Olivencia 1998, el cual se refiere a una comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades; el Informe Aldama 2003, el cual es una comisión especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas; y el Código Conthe 2006 se enmarca dentro del ámbito de la Comisión Nacional de Mercados y Valores (“CNMV”), el cual es un código de buen gobierno para las sociedades cotizadas: *soft law*. Son 25 principios y los aterriza en recomendaciones particulares.

Ahora bien, entrando más en la actualidad, haremos un repaso de las últimas reformas:

la Directiva 14/95/UE, transpuesto en España mediante Real Decreto Legislativo 18/2017, el Código Comercio artículo 49, la Ley Sociedades de Capital que refundió la antigua Ley de Sociedades Anónimas con la de Responsabilidad Limitada en una sola, la Ley Auditoría de Cuentas, artículo 35, la Ley 11/2018 del 28 diciembre y la Circular CNMV 2/2018 del 12 de junio.

Conviene detenernos en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo del 27 de abril de 2016 que entró en vigor el 25 de mayo de 2016. Comenzó a aplicarse dos años después: el 25 de mayo de 2018, derogando la Directiva 95/46/CE. Se aprobó mediante Ley Orgánica 3/2018 de 5/12, LOPDYGDD que completa lo dispuesto en la norma comunitaria.

Este Reglamento es una norma obligatoria en todos sus elementos y es directamente aplicable en todos los Estados miembros (artículo 288). Todos los sujetos ostentan el mismo nivel de derechos, obligaciones y responsabilidades y garantizan la supervisión coherente y las sanciones equivalentes. Cuenta también con un apartado de cooperación entre las autoridades de control, y volveremos sobre este tema más adelante.

Es directamente aplicable, no necesita ser transpuesta al ordenamiento jurídico español. Su entrada en vigor y su aplicación se producen directamente, sin necesidad de adopción de medida alguna de incorporación al derecho nacional⁶⁵.

De acuerdo con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros están obligados “*a no obstaculizar el efecto directo propio*

64 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2009). La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Coord. por Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel, ISBN 978-84-9876-383-6, pp. 549-574.

65 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2011). Memento práctico. Madrid: Francis Lefebvre, ISBN 978-84-92612-35-2.

de los Reglamentos, siendo el respeto escrupuloso de este deber una condición indispensable para la aplicación simultánea y uniforme de las reglas contenidas en los Reglamentos de la Unión en el conjunto de ésta⁶⁶”.

Sobre la norma UNE: Certificación UNE 19601, comenzaremos analizando lo que ha señalado la Fiscalía General del Estado en su circular 1/2016 del 22 de enero:

“Tercera. Las certificaciones sobre la idoneidad del modelo expedidas por empresas, corporaciones o asociaciones evaluadoras y certificadoras de cumplimiento de obligaciones, mediante las que se manifiesta que un modelo cumple las condiciones y requisitos legales, podrán apreciarse como un elemento adicional más de su observancia pero en modo alguno acreditan la eficacia del programa, ni sustituyen la valoración que de manera exclusiva compete al órgano judicial.

La UNE o la Asociación Española de Normalización es una entidad española, privada, independiente, sin ánimo de lucro, que contribuye, mediante el desarrollo de las actividades de normalización a mejorar la calidad en las empresas, sus productos y servicios, así como proteger el medio ambiente y, con ello, el bienestar de la sociedad. Contribuye a mejorar la competitividad de las organizaciones españolas.

El resultado de la actividad de normalización de la Asociación Española de Normalización son las Normas UNE, las cuales representan el consenso nacional sobre el estado del arte de una materia determinada.

Las dos principales normas UNE sobre estándares de compliance son: la Norma UNE 19601/2017 “*Sistemas de gestión de compliance penal: Requisitos con orientación para su uso*” y la Norma UNE 19602/2019 “*Sistemas de gestión de compliance tributario: Requisitos con orientación para su uso*”. Ambas normas son certificables por una tercera parte, si se cumplen todos sus requisitos.

Establecen los requisitos y facilitan las directrices para adoptar implementar, mantener y mejorar continuamente políticas de compliance penal y el resto de los elementos de un sistema de gestión de compliance penal en las organizaciones, tanto públicas como privadas, con ánimo de lucro o sin él.

La norma es particularmente aplicable en el contexto de sistemas de gestión y control sobre riesgos penales, estableciendo requisitos y directrices para disponer de modelos alineados con lo que exige la legislación penal española a los sistemas de control y gestión para la prevención y detección de delitos, tanto en su forma como en su fondo. Lo verdaderamente trascendente será que la persona jurídica pueda acreditar debidamente un comportamiento que evidencia su cultura de respeto a la norma.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Norma UNE puede también ser de utilidad para establecer sistemas de control y gestión para la prevención y detección de delitos cometidos en el contexto de las actividades empresariales, aunque no comporten la responsabilidad penal de la persona jurídica en España ni concurran en organizaciones españolas. El modelo de prevención penal sería una especie de seguro.

66 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2013). El derecho penal económico en la era compliance. Coord. por Adán Nieto Martín; Luis Alberto Arroyo Zapatero (dir.). ISBN 9788490335758, pp. 165-190.

En el 2015, el legislador penal dio opción a la empresa de que si cumple con un modelo eficaz de prevención penal, antes del delito, se exonere de responsabilidad. Por eso sale la norma UNE, y se debe diseñar e implementar.

El modelo debe tener seis requisitos: mapa de riesgos (identificar actividades donde se pueden cometer delitos); establecer protocolos y controles para reducir, mitigar y detectar delitos; los recursos financieros deben estar bien controlados, el dinero mueve el delito económico; debe tener un canal de denuncias para que puedan informar de incumplimientos, los cuales se deben investigar y actuar; régimen disciplinario en vía laboral y revisar y auditarlo de manera regular (y tener un compliance officer).

Se indica que ese modelo debe ser eficaz, pero no se dice cómo; para eso se publica la norma UNE: que es un estándar que nace como norma voluntaria no obligatoria, la cual establece unos rasgos por personas concienzudas con unas pautas generales y marca el camino a seguir para que se convierta en un modelo eficaz. Se presume que un modelo es eficaz si una empresa externa nos audita y nos lo dice -un peritaje-, nos emite una certificación (ver Circular FGE 1/2016 del 22 enero citada supra). Incluso se archivaría en instrucción.

Entonces, ¿qué puede hacerse si se siguen los lineamientos establecidos? Se podría solicitar en instrucción el sobreseimiento con base en la certificación UNE (si no hay indicio de criminalidad que es el defecto de organización), argumentar la existencia de una cultura de cumplimiento normativo penal o cultura ética de cumplir la ley. Las empresas tienen que hacer fair play en los negocios e, incluso, instar/ aportar una prueba pericial en instrucción con base en el estándar UNE que corrobore la certificación previa.

Como hemos dicho antes, las empresas que se certifican bajo este modelo tienen una obligación de medios y no de resultados. Lo anterior no es sinónimo por sí solo de exención de responsabilidad. Podría ser necesaria una prueba pericial complementaria, según sea el caso.

También es importante contratar y mantener vigentes pólizas de seguros que cubran a los altos directivos. Esto sería parte del deber de diligencia, ya que es relevante poder demostrar que tengo una norma que me supervisa mi propia supervisión en la compañía.

La norma UNE establece los requisitos y facilita las directrices para adoptar, implementar, mantener y mejorar continuamente un sistema de gestión de compliance penal en las organizaciones. Tiene como pilar fundamental la creación de una cultura de compliance penal dentro de las organizaciones como medio para lograr la prevención y la detección eficaz de los delitos.

En cuanto a la nomenclatura, es preciso manifestar que si la certificación acaba en 01-02 es certificable, lo que significa que un tercero la puede analizar, cogiendo el modelo, viendo los parámetros y certifica finalmente el modelo de gestión, indicando que está correctamente implementado (esto debe venir de un modelo previo, el diseño-el programa). Si acaba en 00 es voluntaria.

Reiteramos nuevamente en este punto que estos modelos de compliance penal serán vistos como posibles elementos de exoneración y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, siempre y cuando se cumpla una serie de requisitos.

La idea detrás de las UNE es lograr una consolidación de todas las normas, algo así como un compendio de normas: Sistema Integral

Gestión. La UNE enuncia 11 requisitos, y se deben cumplir los 11. Se exigen todos los puntos para tener la certificación. Los pasos a desarrollar se presentan a continuación.

El alcance subjetivo se refiere a cuántos sujetos o personas jurídicas se van a incluir en el sistema de gestión, y el objetivo, que se refiere y responde cuál es el objeto de gestión, en otras palabras, incluirá los delitos que se hayan identificado previamente como riesgo, según los artículos 129 y 31 bis.

Debe haber un documento por escrito y suscrito por el órgano de administración o de gobierno para entidades sin personalidad jurídica, en virtud de que la creación y puesta en marcha de un modelo, como los que estamos viendo, competen al consejo de administración.

Internamente y a manera jerárquica funcionaría así: debajo del Consejo de Administración viene la Comisión de Auditoría de compliance que es la autoridad que supervisa, el compliance officer viene debajo de ellos y ejecuta y analiza el riesgo. El compliance officer podría ir directo a los socios en caso de que encuentre alguna anomalía. El garante del riesgo, como tal, sí sería el empresario, el compliance officer interviene de acuerdo con el modelo de gestión del riesgo implementado.

El contexto se refiere al entendimiento de la organización, las necesidades y expectativas de los grupos de interés (stakeholders y los que dependan de la compañía), la determinación del alcance del sistema de gestión de compliance penal y los sistemas de gestión.

En cuanto al liderazgo, debemos revisar el órgano de gobierno. Este debe corresponderse con la revisión de la memoria anual, firmando las políticas, comunicando posibles riesgos, ejerciendo su liderazgo con autoridad,

competencia, independencia y compromiso, órgano de compliance penal (el compliance officer o comité de compliance) y la alta dirección; mostrar qué quieren cumplir y fomentar el cumplimiento.

Como hemos indicado, aunado a ello se debe contar con una política de **compliance** penal, la cual es básicamente un documento que señala que va a cumplir la ley: puede ser un manual o código ético.

Siguiendo con ese hilo conductor, se deben establecer claramente los roles, la responsabilidad y las autoridades en la organización. Los roles y responsabilidades se refieren a la delegación de facultades, revisar las responsabilidades definidas en los puestos de trabajo y supervisar los trabajos de las demás personas.

La compañía debe tener claro su panorama de planificación. Esto tendrá que ver con la planificación de todas aquellas acciones existentes para hacer frente a riesgos y oportunidades. Se deben identificar, analizar y evaluar los riesgos penales, teniendo en cuenta los objetivos de esta tarea que son la prevención de delitos y la planificación para lograrlos.

En la medida que se va trabajando en torno a ello, habrá una serie de riesgos inherentes o brutos. Se deben identificar los riesgos penales con base en el contexto y las actividades que pueda cometer una empresa y luego se debe establecer la probabilidad de que ello suceda según la frecuencia, número de personas trabajadoras a su cargo y la consecuencia de cometer el delito (impacto) versus el riesgo residual o neto, el cual identifica, respecto a cada riesgo, los controles, y estos bajan la probabilidad.

Se preparan dos mapas: uno con el riesgo penal uno, y el otro con el riesgo penal dos.

La norma nos indica que debemos establecer políticas, lo cual se refiere al qué – qué quiero hacer - la ley. Luego nos introduce los protocolos que tienen que ver con el cómo, los cuales son los procedimientos; sería el reglamento, y los controles que evidencian el qué y el cómo, el control son las pruebas o evidencias que se aportan en juicio de que las cosas se hacen correctamente. El compliance officer supervisa, monitorea y así ejerce controles, y luego se audita donde se obtienen evidencias para verificar que lo que se ha señalado efectivamente se desprende de las muestras que se auditan y analizan.

Dentro de este orden de ideas, podemos echar mano de algunos elementos de apoyo, los cuales tienen que ver, de manera general, con tener una cultura de compliance, con cuestiones específicas como la necesaria dotación de recursos (es muy importante que se doten recursos para esto, dinero en la práctica, materiales e infraestructura) y competencia (formación, experiencia, los cursos). Se van a valorar los requisitos en relación con la competencia del personal de compliance y ejercer una diligencia debida de los miembros de la organización, su formación y concientización.

Para ello es necesario tener una clara y extensa comunicación (requisitos y comunicación de la política) e información documentada que incluya las generalidades, creación y actualización y control de la información documentada. Esta información deberá ser archivada y guardada por un plazo de 10 años, el cual es el plazo de prescripción del delito.

Por último, se debe establecer una política con respecto a la operación. Esta política debe incluir la planificación y el control operacional, la diligencia debida, los controles financieros y no financieros que hemos hablado supra, la

implementación de controles en las filiales y socios (entidades bajo control y entidades no controladas por la organización).

De igual manera, se deberán incluir cláusulas en los contratos con las partes que negociamos y firmamos – condiciones contractuales, gestión de deficiencias de los controles, comunicación de incumplimientos e irregularidades e investigación de estas.

Luego podemos pasar a la evaluación de desempeño. Para ello, se harán un seguimiento, una medición, un análisis para terminar con una evaluación que básicamente es la revisión por parte del órgano de compliance penal, auditoría interna, junto con la revisión por la dirección y el órgano de gobierno. Una vez llegados a ese punto, se deberá tomar en cuenta las recomendaciones y la retroalimentación para efectos de mejora - PDCA (Ciclo de Deming), no conformidades y la implementación de acciones correctivas. La clave está en la revisión y mejora continua.

Hecho este trayecto por los antecedentes, la legislación, los instrumentos internacionales en materia de *compliance* y demás criterios para proceder con una cultura de *compliance*, sigamos ahora con el tema concreto que nos ocupa.

3.b) La definición general de compliance y la figura del compliance officer

El compliance program es la respuesta de las compañías a la reforma del Código Penal que, abandonando el viejo principio de que las sociedades mercantiles no pueden delinquir, *“introduce la responsabilidad penal de la empresa por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”⁶⁷*.

67 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del “compliance officer” por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Coord. por Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Víctor Gómez Martín (dir.). ISBN 9788415276302, pp. 337-361.

El compliance program es:

*un conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo que le permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados*⁶⁸.

El fin primordial de un compliance penal es la construcción de un corta-fuegos que impida la derivación de responsabilidad de los delitos cometido por directivos y empleados.

Aunado a ello, debemos tener claro que un manual de compliance es más que eso. Es, sobre todo, “*la implementación en la organización empresarial de un valor añadido de suma importancia cual es la contribución a la consolidación de principios de ética y conducta que generen y consoliden en la empresa la cultura de la legalidad y buenas prácticas*”⁶⁹.

En el diario vivir de las conversaciones actuales, es común escuchar que se hable de compliance sin que nadie se sorprenda o se intimide. Es un término que se utiliza de manera extensiva, el cual forma ya parte del vocabulario del mundo empresarial y también del jurídico. Pero no siempre fue así⁷⁰ y veremos en las próximas líneas la razón del porqué.

*El “incremento del número de normas a cumplir, su creciente naturaleza técnica y variabilidad en el tiempo han generalizado la importancia del Compliance, antes coto casi exclusivo de los mercados regulados. En ocasiones, aparece un revulsivo que le brinda el protagonismo que merece en la sociedad moderna: en España, la introducción del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas fue un factor clave de este impulso, que determinó su expansión a la prevención de ciertos delitos y sirvió también como trampolín para constatar su utilidad general más allá de este propósito*⁷¹.

En otras naciones del globo, se habían dado experiencias similares que incluso continúan repitiéndose en este momento alrededor del planeta. De la mano con el argumento derivado de la tesis más clásica, podemos indicar con seguridad que el compliance es:

*un conjunto de prácticas que ayudan a prevenir, detectar y gestionar razonablemente los riesgos asociados con el cumplimiento de las normas que afectan a las organizaciones. Bajo este paraguas se engloban tanto las normas a las que se hallan sometidas, como las que asumen voluntariamente. Los daños derivados del incumplimiento de ambas categorías no sólo se miden económicamente, sino también en términos de reputación*⁷²”.

68 Casanovas, Alain. (2018). ¿Qué es el compliance? Cuadernos de Compliance. Asociación Española de Compliance. Instituto de estudios de compliance.

69 Montaner, Raquel y Fortuny, Miquel. La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. Legislación aplicada a la práctica. La Ley Penal N.º 132, mayo-junio de 2018; N.º 132, 1 de mayo de 2018. Editorial Wolters Kluwer.

70 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2015). Las guías de conducta o códigos internos son insuficientes para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Revista General de Derecho Penal. ISSN-e 1698-1189, n.º 7,

71 Nieto Martín, Adán. Delitos de corrupción en los negocios. Tema 10. Derecho Penal Económico y de la Empresa.

72 Benito Sánchez, Demelsa. (2012). El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. Madrid, Iustel.

Debido a que estamos ante una disciplina relativamente nueva, es algo normal que ciertas organizaciones consideraran que podría gestionarse mediante técnicas copiadas de otros campos del estudio y de saber cercanos, como la gestión de riesgos, la administración de empresas o la contabilidad. Sin embargo, en los últimos años, ha sido necesario emitir y promulgar estándares internacionales sobre compliance para que:

nos apliquen por igual en el mundo, muy adaptados a esta nueva realidad y que determinan el estado del arte actual en esta materia. Podría decirse que, en poco tiempo, se ha conformado un lenguaje de comunicación común que aproxima a los profesionales del Compliance con independencia del país en el que operen⁷³.

La designación de un organismo de vigilancia y control o un compliance officer en las organizaciones empresariales españolas:

es una de las principales y más visibles novedades del nuevo régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica instaurado por Ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal,

que permite, entre otras condiciones a la ya citada, la exoneración de responsabilidad penal de la empresa cometido un delito en su nombre y beneficio en el seno de la entidad⁷⁴.

Tomando como referencia a Italia, de donde se ha importado la actual regulación de responsabilidad penal de la persona jurídica que rige en España, se concluye que “*la más acertada composición de este Organismo de Vigilancia y Control a efectos de su consideración es como aquel órgano que ostenta poderes autónomos de iniciativa y control y, por lo tanto, su constitución es válida para el fin que se propone⁷⁵*”.

Sin embargo, el ejercicio del cargo de compliance officer⁷⁶:

lleva inherente la asunción de determinadas responsabilidades o deberes, mayores o menores en función del perfil de Órgano por el que se opte en la entidad: un órgano más enfocado al cumplimiento penal, a la prevención de riesgos penales o a la mera supervisión y reporte del funcionamiento y cumplimiento de los programas de prevención de delitos a los órganos de gobierno de la entidad⁷⁷.

73 Feijoo Sánchez, Bernardo. (25 de mayo de 2017). El delito de corrupción en agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter del Código Penal como delito contra la competencia a través de la corrupción. Diario La Ley, número 8987.

74 Gili Pascual, Antoni. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, número 09-13, pp. 1 a 35.

75 Blanc López, Clara. (2017). La responsabilidad penal del compliance officer. Tesis para optar por el grado de doctorado, Universidad de Lleida,

76 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Crisis financiera y derecho penal económico. Coord. por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), ISBN 9788415276272, pp. 507-538.

77 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal económico y de la empresa. ISBN 978-84-9148-622-0, pp. 129-168.

3.c) Una primera aproximación al término jurídico del gobierno corporativo y los modelos de organización y gestión, y medios de prevención.

Es aquel “conjunto de sistemas, políticas y criterios de toma de decisiones que permiten proyectar la empresa a largo plazo y fomentar su credibilidad como organización. Se estructura bajo tres principios claves: la auto-regulación, la transparencia y la lealtad-responsabilidad de sus administradores⁷⁸”.

En cuanto a las acciones de buen gobierno y los fines por los que hay que velar, se deben indicar un par de ideas centrales. Dentro de ellas, podemos encontrar:

la buena salud financiera (rentable a largo plazo), establecer sistemas de control y gestión (eficiencia operativa), respeto a las obligaciones (retribución, sostenibilidad, igualdad), captación y retención de buenos profesionales en todos los niveles de la organización, innovación: propuesta de valor diferentes a los competidores, estrategia y proyección hacia el futuro, prestigio reputacional y comunicación⁷⁹.

Dentro de las acciones concretas⁸⁰ que se deben tomar en la empresa, tenemos una división muy interesante que se debe tomar en cuenta a la hora de tomar decisiones internas sobre esta materia.

El punto más importante que se debe tomar en cuenta son los principios de autoorganización, dentro de los cuales, es menester contar con una:

estructura de gobierno que incluya junta de accionistas, consejo de administración y órgano directivo. Se debe contar con unas reglas de funcionamiento del Consejo de Administración – Comisiones: con una especial indicación a la dedicación de los consejeros, las asistencias a reuniones, su frecuencia, información y asesoramiento⁸¹.

Aunado a ello, deberá implantarse una modalidad de:

Responsabilidad Social Corporativa (RSC): establecer objetivos y desarrollo de medias, estrategia y prácticas concretar en materia de sostenibilidad, medio ambiente y cuestiones sociales, mecanismos de control y seguimiento de resultados y supervisión del riesgo no financiero, la ética y conducta empresarial; junto con una, comunicación e información: financiera y no financiera⁸².

Todo ello busca generar un impacto social que tiene muchísima importancia, ya que “la empresa es una de las principales instituciones sociales del siglo 21, es considerado un mecanismo que crea riqueza, un agente de cambio impulsando innovación y creando opinión con ejemplo de pautas de comportamiento social que contribuye al bienestar y progreso de las sociedades⁸³”.

78 Navarro Frías, Irene Y Melero Bosch, Lourdes. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. InDret, número 4, pp. 1 a 40.

79 De La Mata Barranco, Norberto J., Dopico Gómez-Aller, Jacobo, Lascaraín Sánchez, Juan Antonio y Nieto Martín, Adán. (2018). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dykinson.

80 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Valencia: Tirant lo Blanch, ISBN 978-84-9004-664-7.

81 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, de 30 de marzo)., ISBN 978-84-9190-673-5, pp. 353-372.

82 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2019-2018). Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal. ISBN 978-84-17317-97-3, pp. 381-439.

83 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2011). Caso del cobertizo. Casos que hicieron doctrina en el derecho penal. Coord. por Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez, ISBN 978-84-8126-847-8, pp. 237-258.

En cuanto a los requisitos⁸⁴ de los modelos de organización y gestión⁸⁵, se indica que, en primer lugar, se identifican las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos: es esencial conocer las tipologías en cuestión.

En segundo lugar, se deben establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de estas en relación con aquellos. En tercer lugar, se deberán poner en disposición de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.

En cuarto lugar, se impone la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y la observancia del modelo de prevención. En quinto lugar, se establecerá un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.

Por último, en sexto lugar, 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 que los hagan necesarios.

Debemos ser muy enfáticos para concluir este apartado que un MOG en los términos que hemos definido *“sólo puede eximir cuando existan medidas idóneas para prevenir o reducir el riesgo de delitos como el cometido”*⁸⁶.

En cuanto a los medios de prevención, quisiera destacar que *“un código ético y una política anticorrupción que prohíbe realizar pagos ilícitos, firmada por todo el personal al servicio de la empresa, administradores incluidos. Están estandarizados y auditados”*⁸⁷.

Las guías de conducta no bastan para eximir, la Ley N.º 1/2015 cambió drásticamente el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. La modificación que más llama el interés y que más ha sido analizada es la nueva cláusula de exención de responsabilidad penal para personas jurídicas por haber prestado la diligencia debida en la prevención de delitos.

Aunado a ello, con la nueva redacción del artículo 31 bis, la exención por cumplimiento de los deberes de prevención está expresamente prevista para la responsabilidad de la persona jurídica por los delitos de administradores o representantes.

Por tanto, se deberán seguir ciertos lineamientos que se exponen a continuación: a) Normas de conducta, formación y selección de personal: prevenir culturas de infracción, aclarar zonas grises y códigos internos. b) Sistemas de

84 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. ¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores “atribuidos a una persona jurídica”. Consideraciones de lege ferenda.

85 Dopico Gómez-Aller, Jacobo y otros. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir.), Francisco M. Caamaño Domínguez (pr.). ISBN 978-84-9004-664-7, pp. 35-134.

86 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Personas jurídicas: Art. 31 bis CP. Juan Carlos Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats, Jacobo Dopico Gómez-Aller. Consideraciones a propósito del proyecto de ley de 2009 de modificación del Código Penal: (conclusiones del Seminario interuniversitario sobre la Reforma Del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid. Coord. por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.), ISBN 978-84-9876-823-7, pp. 31-46.

87 Banco Mundial, OCDE y UNODC. (2013). Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento manual para empresas.

formación del personal: ¿Cuándo la formación es una medida? c) Sanciones disciplinarias con sistemas de investigación interna y canales de denuncia (el whistleblower).

Sin embargo, este cambio no ha sido pacífico, sino más bien todo lo contrario, ha arrojado mucha polémica. El propio Consejo de Estado ha sostenido en su informe de 2013 que:

cabe cuestionar si el Anteproyecto no introduce un margen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas [...]. Nada en el expediente induce a pensar que en el corto periodo en que ha estado vigente la redacción original del artículo 31 bis del Código Penal (menos de tres años) se hayan dado circunstancias que justifiquen esta importante limitación del alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

También la doctrina le ha criticado que “la cláusula de exención exige la concurrencia de tantos y tan exigentes requisitos que su margen de aplicabilidad es bastante estrecho (contra lo que han sugerido prestigiosos penalistas, tanto favorables a la reforma como críticos con ella)⁸⁸”.

Por último, se ha indicado que:

las medidas preventivas deben ser de una naturaleza tal, que para cometer el delito deben ser soslayadas empleando

medios fraudulentos. En este sentido, estas medidas no pueden consistir únicamente en directrices de conducta o códigos éticos si no se les añaden mecanismos reales de control, supervisión o vigilancia que obstaculicen o dificulten la comisión del delito. Una mera directriz de conducta que no esté acompañada de esos mecanismos no es una medida que requiera ser eludida fraudulentamente. Y ello no sólo se deduce de la mención a la elusión fraudulenta, sino del requisito de que las medidas reúnan idoneidad preventiva o de reducción significativa del riesgo de comisión de delitos: un mero código interno que prohíba la comisión de conductas delictivas en favor de la empresa (es decir: que prohíba lo que ya prohíbe la legislación penal) no reúne obviamente esa idoneidad⁸⁹.

Debemos también tener en cuenta los controles organizativos que se deberán implementar pero no limitados a: segregación de funciones, una adecuada matriz de poderes, eventuales autorizaciones previas (por volumen), presencia de los miembros de las áreas de control en ciertas decisiones, deberes de documentación, archivo y custodia, el Departamento Comercial decide el control sobre los gastos, el control y auditoría y control de conceptos de gasto que puedan relacionarse temporalmente⁹⁰.

En cuanto a las relaciones con las personas funcionarias públicas (puertas giratorias⁹¹), se deberá tener especial cuidado y atención junto con una política que incluya limpieza en contactos:

88 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. Responsabilidad penal de las personas físicas. Rafael Alcácer Guirao, Raquel Montaner Fernández, Jesús María Silva Sánchez, Jacobo Dopico Gómez-Aller.

89 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Comentarios a la Reforma Penal de 2010. Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.). ISBN 978-84-9876-884-8, pp. 269-274.

90 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación» p. 2. Problemas del consentimiento informado “por representación”. Consentimiento por representación [recurso electrónico en línea], pp. 36-95.

91 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 38.

personas empleadas y funcionarias. Lo anterior deberá comprender una adecuada rotación de personal, llevar un control y registro de relaciones y tener en consideración el problema de ex altos cargos y Politically Exposed Persons (PEP).

Por su parte, en cuanto a las terceras partes y due diligence se refiere, debemos ser conscientes en que esta cuestión se debe dar desde la etapa precontractual al recabar información (autoinformes, WorldCheck y similares) y que no se muestren otros rasgos peligrosos (indicado por persona funcionaria, forma de pago que aporte un servicio proporcional al pago), pasando por la etapa contractual que va desde la formalización del contrato, el comisario del contrato y el contenido propiamente de este, hasta la etapa poscontractual que incluye la rendición de cuentas.

Adentrados en este tema, conviene mencionar un instrumento sumamente importante: la ISO 37001 Anti-Bribery management systems. Ni todas las organizaciones, ni todas las actividades, ni todos los puestos tienen el mismo peligro.

Pero, dentro de aquello con más riesgos, debemos identificar si la estructura está descentralizada, si la organización está implicada en numerosos grandes proyectos de construcción en diversas ubicaciones, en relación con clientes que pueden adquirir productos o servicios de alto valor económico, intermediarios, partners que actúan en beneficio de la organización ante terceros (clientes, personas funcionarias, autoridades).

En ese orden de ideas, es aconsejable tener una política de aprobación previa de consultores, subcontratistas, suministradores (en proceso que analice riesgo de corrupción). Para ello se deberá valorar la necesidad y legitimidad de los servicios que prestará el partner, si esos servicios fueron

prestados correctamente y si los pagos fueron razonables y proporcionados.

Esto es clave para evitar que los partners usen parte del dinero para sobornos, por ejemplo, si el agente nombrado para ayudar con las ventas recibe comisión o contingency fee, debe comprobarse que el pago es razonable y proporcionado a los servicios legítimos contratados (incluyendo también el riesgo de no cobrar, si no consigue el contrato).

Siguiendo con la cadena del análisis, se deberá prestar especial cuidado a las comisiones o fees desproporcionados que suponen un riesgo de uso para sobornos. Para ello se aconseja llevar procesos competitivos allá donde sea posible.

En estricta relación con lo anterior, es menester tener un claro control de activos, prevención de cajas negras y selección de proveedores junto con una contabilidad y auditoría interna. El fundamental es el control de activos.

En cuanto a la idea de cajas negras, se aconseja la eliminación de cajas negras y “b”. Si una empresa tiene cajas negras masivas o “B” masivo, es casi imposible afirmar que tiene modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de cohechos⁹².

Con respecto a los pagos con riesgo, debemos dividir precisamente ese riesgo en dos secciones: aquellos gastos con retorno de soporte ligero o sin retorno material (informes, dictámenes, conferencias, consultas verbales...) y los agentes comerciales (sobre todo, en el extranjero) con cuantías sospechosas. Para ello, se deberá revisar especialmente los pagos a profesionales (asesores, etc.) ordenados desde el departamento de desarrollo de negocio / comercial, etc.

92 Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2010). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.). ISBN 9788498769692, p. 3.

Y realizar un due diligence de las personas políticamente expuestas (PEPs), sus conexiones y sus antecedentes.

Otras actividades sospechosas o riesgosas son aquellas actividades ajenas al objeto social, aquellas inversiones y adquisición de sociedades en lugares donde no se desarrolla negocio, en Estados de tributación pobre, baja transparencia, etc. y, en especial, en la proximidad de una contratación con administraciones locales o extranjeras.

También se incluyen la financiación de partidos políticos y las fundaciones, las organizaciones sin ánimo de lucro (vinculadas directa/indirectamente con el sector público o partidos) o que prometan beneficios en la comunidad, incluso financiamiento de equipos de fútbol o jugadores.

En síntesis, una empresa debe controlar lo siguiente: a) las salidas, controlando la selección de proveedores y, en general, la contratación de bienes y servicios, suprimir o someter a control el dinero en efectivo, controlar procesos de contratación de personal y las conferencias y otros pagos sin entregable (máxime cuando están sobre valor de mercado); b) las contraprestaciones: estas deben corresponderse con la realidad, deben ser lícitas, tener un valor razonable y poderse comprobar de manera previa y posterior.

En cuanto a los contratos de riesgo, se aconseja tener una auditoría de contratos de riesgo. Deben tenerse especialmente en consideración los términos, tales como, pero no limitados a “consultoría”, “gastos administrativos”, “gastos de transporte de aduanas”, “gastos extraordinarios”, “gastos locales de tramitación”, “gastos de tratamiento personalizado”, “gastos de facilitación aduanera”. Aunado a ello, se debe tener cuidado con las contribuciones a

fundaciones / asociaciones y aquellos pagos que realicen en lugares donde no existe negocio.

Conclusiones

De conformidad con el análisis que se realiza en este trabajo sobre la sentencia que es la base sobre la cual se funda, basado en criterios jurídico-penales y desde la óptica del compliance, quiero poner de manifiesto el objeto y el interés de aportar un grano de arena a la discusión teórico-jurídica que gravita sobre los temas en cuestión.

Primero que nada, quiero reiterar mi crítica constructiva a la sentencia, en virtud de que me parece increíble que la Fiscalía General del Estado no haya llamado ni siquiera a la sociedad, a la empresa tributaria asesora, ni al proceso penal, ya que considero que su participación y su eventual responsabilidad en el caso concreto son claves. Es hasta irrisorio que ni siquiera se haya solicitado su participación y es realmente preocupante, porque demuestra que no se tenía interés en obtener la verdad real de la situación. La labor de un abogado o una abogada y, en general de un o una estudiante de maestría es llegar a un punto donde pueda ejercer críticas sobre aspectos legales de los cuales no está convencido o convencida o que no comparte el criterio de las personas juzgadoras. Realmente es ahí donde se pone en práctica nuestro conocimiento, y este es un esfuerzo más en ese sentido.

Aunado a ello, considero que la sentencia como tal que condena a Messi y a su padre a pena de prisión carece de los elementos de juicio y criterios argumentativos para sustentar tal condena. Creo que a la sentencia le faltó haber condenado a las personas jurídicas implicadas, ya no solo a la empresa que asesoró a la familia Messi, sino también a todas las demás sociedades

implicadas, y que, en criterio de la sentencia, fueron utilizadas como herramientas para delinquir.

Como se indicó al inicio, de manera introductoria, el caso es sencillo, pero complicado a la vez. La sentencia condenó a Messi y a su padre a prisión por el delito de fraude fiscal. Sin entrar en mucho detalle sobre el tema fiscal o penal que no eran parte del presente trabajo, se analizaron ciertos institutos del derecho penal para fortalecer la opinión del suscrito con respecto a la sentencia.

Independientemente de si estuvo bien o no la imposición de la pena privativa de libertad y sin entrar en este momento en tal análisis, lo que resulta de alguna manera decepcionante jurídicamente es que se haya aprovechado el caso para montar un circo y utilizar a Messi como figura pública universal para mandar un mensaje al público en general y, en especial, a los deportistas, de que ninguno puede evitar ir a la cárcel, si actúa de una manera antijurídica y culpable.

Considero que, ante este panorama, la aplicación de los criterios de compliance que hemos visto pudo haber resultado muy interesante, tanto a nivel propiamente societario, así como de argumento sólido y vinculante para evitar una condena o, al menos, bajar la condena, esto debido a que, con mecanismos de compliance estructurados con base en los requisitos que

vimos, es muy complicado que se pueda dar la comisión de delitos y, si se dan, podrían ser rápidamente detectados, impidiendo un mal mayor, o bien, evitando que escale a mayores proporcionados.

Se agrega al hecho de que toda esta actuación sirve de comprobación para un caso futuro donde deba defenderse una posición, argumentándose y alegándose la aplicación de todo un sistema de compliance para evitar condenas.

El sistema jurídico, de la mano de los asesores legales, debe ser enfático en el conocimiento, difusión y aplicación del compliance como herramienta indispensable. Se debe potenciar la utilización de mecanismos y estructuras de compliance en las empresas para ser socialmente mejores y, en especial, para evitar estructuras delictivas que pretenden aprovecharse precisamente de su naturaleza jurídica para cometer actuaciones delictivas.

Cuando lleguemos a ese punto, así como se nos exige a las personas físicas ser íntegras y personas de bien, llegará el momento en que, a través y de la mano del compliance como herramienta y vía, se les podrá exigir ese mismo nivel de integridad e, incluso más, a las personas jurídicas, contribuyendo, en ese proceso, a mejorar como sociedad jurídica y de derecho que somos.

Bibliografía

Banco Mundial, OCDE y UNODC. (2013). Ética anticorrupción y elementos de cumplimiento manual para empresas.

Benito Sánchez, D. (2012). El delito de corrupción en las transacciones económicas internacionales. Madrid: Iustel.

Blanc López, C. (2017). La responsabilidad penal del compliance officer. Tesis para optar por el grado de doctorado, Universidad de Lleida.

Casanovas, A. (2018). ¿Qué es el compliance? Cuadernos de Compliance. Asociación Española de Compliance. Instituto de Estudios de Compliance.

Córdoba, F.J. (2011). La evitabilidad del error de prohibición. Madrid. Barcelona. Buenos Aires: Marcial Pons.

De La Mata Barranco, N. J. Dopico Gómez-Aller, J., Lascaraín Sánchez, J.A. y Nieto Martín, A. (2018). Derecho penal económico y de la empresa. Editorial Dykinson.

Dopico Gómez-Aller, J. (2003). Fundamentos de la responsabilidad por injerencia en derecho penal. Tesis doctoral dirigida por José Manuel Gómez Benítez (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Dopico Gómez-Aller, J. (2006). Omisión e injerencia en derecho penal. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2009). La adecuación del derecho penal español al ordenamiento de la Unión Europea: la política criminal europea. Coord. por Francisco Javier Álvarez García, Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel, pp. 549-574.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Omisiones en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 4.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Los ‘supuestos de atipicidad’ en los delitos de tráfico de drogas. Crítica a la jurisprudencia de la excepcionalidad. Teoría del derecho y decisión judicial. Coord. por Juan Antonio García Amado, Pablo Raúl Bonorino Ramírez, pp. 375-440.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Problemas del consentimiento informado «por representación» pág. 2. Problemas del consentimiento informado “por representación”. Consentimiento por representación [recurso electrónico en línea], pp. 36-95.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 38.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). Personas jurídicas: Art. 31 bis CP. Juan Carlos Carbonell Mateu, Fermín Morales Prats, Jacobo Dopico Gómez-Aller. Consideraciones a propósito del Proyecto De Ley de 2009 de Modificación del Código Penal: (conclusiones del Seminario Interuniversitario sobre la Reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid). Coord. por Araceli Manjón-Cabeza Olmeda, Arturo Ventura Püschel; Francisco Javier Álvarez García (dir.), José Luis González Cussac (dir.), pp. 31-46.

Dopico Gómez-Aller, J. (2010). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena. Gonzalo Quintero Olivares (comp.), p. 3.

Dopico Gómez-Aller, J. (2011). Caso del cobertizo. Casos que hicieron doctrina en el

derecho penal. Coord. por Pablo Sánchez-Ortiz Gutiérrez. ISBN 978-84-8126-847-8, pp. 237-258.

Dopico Gómez-Aller, J. (2011). Memento práctico. Madrid: Francis Lefebvre.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del compliance officer y otros garantes en la empresa. Actualidad jurídica Aranzadi, n.º 843, p. 6.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el proyecto de reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). ¿Qué salvar del art. 318 CP? La responsabilidad de administradores y encargados del servicio en los delitos contra los derechos de los trabajadores «atribuidos a una persona jurídica». Consideraciones de lege ferenda.

Dopico Gómez-Aller, J. (2012). La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Proyecto de Reforma de 2009: Una reflexión colectiva. Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir.), Francisco M. Caamaño Domínguez (pr.), pp. 35-134.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Custodia de seguridad: arts. 96.2, 101, 102.3 y 103.2 CP. Estudio Crítico Sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.), pp. 395-404.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). El derecho penal económico en la era compliance. Coord. por Adán Nieto Martín; Luis Alberto Arroyo Zapatero (dir.), pp. 165-190.

Dopico Gómez-Aller, J. (2013). Estudio crítico sobre el Anteproyecto de Reforma Penal de 2012. Coord. por Jacobo Dopico Gómez-Aller; Francisco Javier Álvarez García (dir.). Editorial Tirant lo Blanch.

Dopico Gómez-Aller, J. (2014). Análisis crítico del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas según el proyecto de reforma de 2013. Informe de la sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los proyectos de la reforma de la LO 2013/2014 del Código Penal, Ley de Seguridad y Jurisdicción Universal: La proposición de Ley Orgánica de 24 de enero de 2014 de modificación de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del poder judicial, relativa a la justicia universal y el proyecto de reforma de 21 de junio 2013 de la Ley 23/1992, de seguridad privada. Coord. por José Ramón Antón Boix; Francisco Javier Álvarez García (dir.), pp. 18-36.

Dopico Gómez-Aller, J. (2014). Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Crisis financiera y derecho penal económico. Coord. por Manuel Maroto Calatayud; Eduardo Demetrio Crespo (dir.), pp. 507-538.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. (2014). Posición de garante del “compliance officer” por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica. Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal. Coord. por Juan Carlos Hortal Ibarra, Vicente Valiente Ivañez; Santiago Mir Puig (dir.), Mirentxu Corcoy Bidasolo (dir.), Víctor Gómez Martín (dir.), pp. 337-361.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Las guías de conducta o códigos internos son insuficientes para eximir de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Revista General de Derecho Penal, n.º 7. ISSN-e 1698-1189.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Aproximación a las necesidades de reforma legal en relación con la respuesta penal a la corrupción política. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial y sobre la corrupción en el ámbito público, pp. 257-284.

Dopico Gómez-Aller, J. (2015). Consecuencias accesorias aplicables a entidades sin personalidad jurídica. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas. Coord. por Ángel Juanes Peces; Emilio Cortés Bechiarelli (aut.), Norberto Javier de la Mata Barranco (aut.), p. 1000.

Dopico Gómez-Aller, J. (2017). La paradoja de Rudolphi: legítima defensa y no evitación de la muerte del agresor. Estudios de derecho penal: homenaje al profesor Santiago Mir Puig. Coord. por Jesús María Silva Sánchez, Joan J. Queralt Jiménez, Mirentxu Corcoy Bidasolo, María Teresa Castiñeira Palou; Santiago Mir Puig (hom.), pp. 539-550.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Estafas y otros fraudes en el ámbito empresarial. Derecho penal económico y de la empresa, pp. 169-236.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). Omisiones de derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo), pp. 61-68.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena*: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo), pp. 353-372.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, pp. 381-439.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). *Reglas de determinación de la pena. Memento práctico*.

Francis Lefebvre Penal 2019. Coord. por Fernando Molina Fernández, pp. 623-659.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Derecho penal económico y de la empresa, pp. 129-168.

Dopico Gómez-Aller, J. (2018). La acción en derecho penal. Esquemas de teoría jurídica del delito y de la pena: (corregida y adaptada a la LO 1/2015, del 30 de marzo), pp. 53-60.

Dopico Gómez-Aller, J. (2019). Dos interpretaciones “contra legem” del régimen de exoneración de las personas jurídicas (art. 31 bis, apartados 2 y 4). *Libro homenaje al profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*. Vol. 1, pp. 415-430.

Dopico Gómez-Aller, Jacobo. *Responsabilidad penal de las personas físicas*. Rafael Alcácer Guirao, Raquel Montaner Fernández, Jesús María Silva Sánchez, Jacobo Dopico Gómez-Aller.

Feijoo Sánchez, Bernardo. (25 de mayo de 2017). El delito de corrupción en agentes públicos en actividades económicas internacionales del artículo 286 ter del Código Penal como delito contra la competencia a través de la corrupción. *Diario La Ley*, número 8987.

Fernández, J.Á. (2017). La interpretación conforme con la Constitución en los Límites del Mandato de Certeza. Estudios de Derecho Constitucional. *Revista Chilena Derecho*, volumen 44, número 3, Santiago de Chile.

García Figueroa, F. (2012). *Los sujetos activos de los delitos contra la seguridad y salud en el trabajo. Especial consideración del sector de la construcción*. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Gili Pascual, A. (2007). Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 09-13, p. 1 a 35.

Jakobs, G (1997). *Derecho penal parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. España.

Jakobs, G. (2003). *Derecho Penal del Enemigo*. Thompson Civitas. Primera Edición.

Jara Müller, J.J. (agosto 1999). Principio de inocencia. El estado jurídico de inocencia del imputado en el modelo garantista del proceso penal. Estudios e investigaciones. Becario del Programa de Colaboración Docente Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. *Revista de Derecho*, n.º Especial, pp. 41-58.

Márquez Cárdenas, A. (Enero-junio, 2008). La coautoría: delitos comunes y especiales. *Revista Diálogos de Saberes*, Universidad Libre, Bogotá, Colombia.

Martínez Rodríguez, J.A. (2015). El principio de intervención mínima o última ratio en los delitos. *Revista del Sector Inmobiliario*, número 150, pp. 34-38.

MONTANER, R., FORTUNY, M. (1 de mayo de 2018). La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601. Legislación aplicada a la práctica. La Ley Penal N.º 132. Editorial Wolters Kluwer.

Murillo Rodríguez, R. (2009). Modernas tendencias en el derecho penitenciario: las propuestas del “derecho penitenciario mínimo”, el “derecho penitenciario del enemigo” y las reformas del 2003 en el ordenamiento jurídico-penitenciario español. Tesis doctoral dirigida por Jacobo Dopico Gómez-Aller (dir. tes.). Universidad Carlos III de Madrid.

Navarro Frías, I. (2010). Mandato de determinación y tipicidad penal. Estudios de derecho penal y criminología, Editorial Comares.

Navarro Frias, I.; Melero Bosch, L. (2011). Corrupción entre particulares y tutela del mercado. InDret, número 4, p. 1 a 40.

Nieto Martín, A. (2015). Delitos de corrupción en los negocios. Tema 10. Derecho penal económico y de la empresa.

Olaizola Nogales, I. (Mayo de 2015). El error de prohibición. Catedrática de derecho penal. Universidad Pública de Navarra, España, Barcelona.

Roxin, C. (1997). Derecho penal. Parte general. Tercera Edición, Munich, 21, 811 s.

Salom, C. (2016). Tipo penal y mandato de determinación. Diario Penal, número 118. La crisis de la legislación contemporánea, Uruguay.

Sarrulle, O. E. (2006). El sentido de la pena en el derecho argentino. En M. Gerez Ambertín. Culpa, responsabilidad y castigo, en el discurso jurídico y psicoanalítico, volumen I. Buenos Aires: Letra Viva, pp. 31-36.

Silva Sánchez, J. M. (2013). Mandato de determinación e imprudencia. Indret Penal, Argentina.

Souto, M.A. (2005). Las leyes penales en blanco. Universidad Santiago de Compostela. Revista Nuevo Foro Penal, número 68, Galicia, España.

Vélez Mariconde, A. (1986). Derecho procesal penal. Tomo I, Edit. Marcos Lemer Editora Córdoba S. R. L., Córdoba, Tercera Edición, pp. 139-144.

Zaffaroni, E. R. (2011). Manual derecho penal. Parte general, Buenos Aires. Argentina: Editorial Ediar, Sociedad Anónima Editora.

Jurisprudencia

Audiencia Provincial de Barcelona Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona - Sentencia del 5 de julio de 2016.

STS 629/2016 citando las STS n.º 586/2014 de 23 de julio; n.º 272/2012 de 29 de marzo ; la de 3 de Febrero de 2012, resolviendo el recurso: n.º 11359/2011 y la n.º 1300/2011 del 23 de noviembre, con cita de las de 27 de mayo de 2011, la n.º 1073/2010 del 25 de noviembre y la del 28 de octubre de 2010.

STS n.º 830/2016 del 3 de noviembre, SSTs 318/2006 del 15 de abril, SSTs n.º 199/2012 del 15 de marzo.

STS de 20 de julio 2006, SSTs n.º 1158/10 del 16 de diciembre y STC 78/2013.

SSTC 197/1995 del 21 de diciembre; F, STS 126/2014 del 21 de febrero; STS n.º 77/2006 del 1 de febrero y STS 1387/2004 del 27 de diciembre.

SSTC 161/1997 del 2 de octubre; F. 5, STS n.º 883/2009 del 10 de septiembre; STS n.º 1247/2009 del 11 de diciembre; STS 1387/2004 del 27 de diciembre (fundamento de derecho 11.º) y STS 77/2006 del 1 de febrero.

SSTC 229/1999 de 13 de diciembre; F. 3 b., STS n.º 34/2007 del 1 de febrero y STS n.º 606/2010.

SSTC 127/2000 del 16 de mayo, F. 4 a); STS n.º 78/2009 del 11 de febrero y SSTC 120/2005. STC 161/1997 de 2 de octubre; F. 5., SSTC 57/2010; STS 952/2006 y SSTs 560/2014.

STC 67/2001 del 17 de marzo; F. 6). y SSTs 500/2015.

SSTC 237/2001 y SSTs 520/2016 y SSTs 909/2016.

SSTC 177/2004 y SSTs 211/2017.

SSTC 153/2005 y STS 643/2008 de 10-10.

SSTC 38/2008.

SSTC 43/2008.

SSTC 33/2008

SSTC 71/2009

SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso González Doria Durán de Quiroga c. España.

SSTEDH del 28 de octubre de 2003, caso López Sole y Martín de Vargas c. España.

SSTEDH 20 de marzo de 2012, caso Serrano Contreras c. España.

SSTC 705/2006 del 28-6.

SSTC 892/2008 del 26-12.

STC 18/2005 del 1 de febrero.

SSTs 338/2010 de 16-4; SSTs 877/2011 del 21-7; SSTs 207/2012; del 12-3, SSTC 40/2009; del 28-1 y del 12-6, STS n.º 140/2017 del 6 de marzo; SSTs 987/2011 del 15-10; SSTs 330/2012 de 14-5 y SSTs 484/2012 del 12-6.

SSTs 91/2010 del 15-2.

SSTs 269/2010 del 30-3.