



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Modelos de *Compliance* en Entidades Deportivas Profesionales. Un Análisis de la Corrupción en el Ámbito Deportivo

Sergio Armando Herra Rodríguez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política.
Línea de Investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales.

Título de la tesis doctoral:

**Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Modelos de *Compliance* en Entidades
Deportivas Profesionales. Un Análisis de la Corrupción en el Ámbito Deportivo.**

Directora : Dra. Mirentxu Corcoy Bidasolo

Directora : Dra. Celia Díaz Morgado

Tutor : Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra

Tesis doctoral presentada por:

SERGIO ARMANDO HERRA RODRÍGUEZ.

Barcelona, 2024.

Índice

Índice de abreviaturas	7
Abstract:.....	10
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA.....	12
1. Metodología.....	13
2. Introducción general	18
3. Planteamiento del problema.....	20
4. Justificación de la investigación	22
5. Objetivos de la Investigación.....	24
5.1 Objetivo general:	24
5.2 Objetivos específicos:	25
CAPÍTULO II. LA CORRUPCIÓN.....	26
1. Introducción	27
2. La corrupción.....	29
3. Lucha contra la corrupción	49
4. Corrupción en el ámbito deportivo	51
CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	54
1. Introducción.....	55
2. Concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	55
2. Necesidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas	70
4. Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica	79
5. Modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica.....	93
5.1.1 Modelo vicarial o heterorresponsabilidad	95
5.1.2 Variantes del modelo vicarial o submodelos.....	104
5.2 Modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa	106
5.3 Modelo mixto	121
6. Los modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado	122
6.1 EE. UU.	123
6.2 Reino Unido	141
6.3 Suiza	144
6.4 Italia.....	147
6.5 Francia.....	150
6.6 Alemania	152
7. La responsabilidad penal de la persona jurídica en España	154
7.1 Evolución histórica.....	154
7.2 Consecuencias jurídicas a imponer a la persona jurídica	165
7.2.1 La multa.....	170
7.2.2 Otras consecuencias jurídicas para la persona jurídica	170
8. Toma de posición	175
9. Conclusiones parciales	175
CAPÍTULO IV. COMPLIANCE	177

1. Introducción a los programas de <i>compliance</i>	178
2. <i>Criminal compliance</i>	189
3. <i>Compliance</i> desde el Derecho comparado	193
3.1. EEUU	195
3.2. Reino Unido	211
3.3. Italia.....	216
3.4. Alemania	218
3.5. Francia.....	221
3.7. España	223
3.7.1 Los modelos de <i>compliance</i> como fundamento de una eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica.....	225
4. Las certificaciones en materia de <i>compliance</i>	232
5. Eficacia de los programas de <i>compliance</i> : la experiencia judicial tras los grandes escándalos	239
6. Test de eficacia de Adán Nieto sobre el programa de <i>compliance</i>	246
Conclusiones parciales	247
CAPÍTULO V. CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO PROFESIONAL.....	248
1. Concepto de deporte	249
2. Fundamento constitucional del deporte	257
3. Del viejo paradigma de ganar “como dé lugar” al moderno Fair play económico-financiero 259	
4. Deporte, una cuestión de Estado.....	261
5. Pirámide organizativa del deporte profesional en España	265
6. Derecho penal y deporte profesional	267
7. Entidades deportivas profesionales como sujetos penalmente responsables	277
8. Factores extrapenales como elementos criminógenos	280
8.1. Dinero.....	281
8.2. Patrocinadores	291
8.3. Poder y política.....	296
8.4. Estructuras de los clubes y entidades deportivas	307
8.5. Mega eventos deportivos.....	310
8.6. Pasión	314
8.7. Apuestas	317
8.8. La violencia en el ámbito deportivo	321
9. Casos concretos.....	329
9.1. Caso FIFA	329
9.2. Caso COI	335
10. Conclusiones parciales	338
CAPÍTULO VI. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO DEPORTIVO.....	339
1. Introducción	340
2. Dopaje en el deporte profesional.....	340
2.1. Introducción y concepto.	340
2.2. Lucha contra el dopaje.....	343
3. Corrupción entre particulares y amaño de competiciones	357

3.1	Corrupción entre particulares.....	357
3.2	Amaño de partidos	361
3.2.1	Problemática.....	361
3.2.2	Tipo penal.....	368
3.2.3	Casos	372
4	Análisis de otros tipos penales en el ámbito deportivo.....	375
4.1.1	Análisis de delitos de naturaleza económica.....	375
4.1.2	Delitos de corrupción pública	375
4.1.3	Análisis del delito societario	378
4.1.4	Análisis de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial y revelación de secretos.....	380
4.1.5	Análisis del delito fiscal.....	383
4.1.6	Análisis del blanqueo de capitales	387
4.1.7	Delitos relativos al crimen organizado.....	395
4.1.8	Tráfico de drogas	398
4.1.9	Análisis de delito de trata de personas	399
5	Conclusiones preliminares	402

CAPÍTULO VII. ESTABLECIMIENTO DE UN PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EN ENTIDADES DEPORTIVAS PROFESIONALES.....403

1.	Introducción	404
2.	Componentes de los modelos de compliance en entidades deportivas profesionales.....	406
2.1	¿Quién debe elaborar el programa de compliance de la empresa o club deportivo?	409
2.2	Alcance del programa de <i>compliance</i>	411
2.3	<i>Risk Management</i>	413
2.3.1	Elaboración del mapa de riesgos o <i>risk assessments</i>	414
2.3.2	Conocimiento de la estructura de la entidad	416
2.3.3	Apreciación del riesgo.....	422
2.3.4	Identificación del riesgo:.....	424
2.3.5	Análisis y evaluación del riesgo:.....	426
2.3.6	Riesgo inherente.....	428
2.3.7	Evaluación de los controles existentes	430
2.4	Tratamiento o gestión del riesgo	431
2.4.1	Código ético o de conducta y promoción de una cultura ética.....	433
2.5	Medidas concretas a implementar	441
2.5.1	Modelo de organización	441
2.5.2	Medidas de control	446
2.5.3	Auditoría interna y externa.....	449
2.5.4	Establecimiento de políticas.....	453
2.5.5	Controles financieros.....	455
2.5.6	Protocolo para contratación con patrocinadores	456
2.5.7	Prevención de la violencia en eventos deportivos.....	458
2.5.8	Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo	461
2.5.9	Prevención del delito fiscal	462
2.5.10	Prevención de la corrupción pública y entre particulares	464
2.5.11	Prevención de la corrupción en la organización de mega eventos deportivos	468
2.5.12	Prevención del amaño de partidos.....	469

2.5.13 Prevención del dopaje	471
2.5.14 Aplicación de las medidas de diligencia debida o due diligence	472
2.6 Cálculo del riesgo residual	477
2.7 Órgano de cumplimiento o compliance officer	478
2.8 Implementación de canales de denuncia (<i>Whistleblowing</i>).....	489
2.9 Procedimiento de investigaciones internas	501
2.10 Gestión de crisis (<i>crisis management</i>)	519
2.11 Sistema disciplinario	522
3. Implementación del programa de compliance	525
4. Verificación y validación periódica del modelo	529
CONCLUSIONES.....	532
1. Conclusiones sobre los objetivos específicos.....	533
2. Conclusiones sobre el objetivo general y dificultades durante la investigación	543
RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA IMPLEMENTAR UN MODELO DE COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN EN EL DEPORTE	545
1. Recomendaciones por Transparencia Internacional.....	546
1.2 Recomendaciones de carácter general.....	548
1.2.1 Cambio en la administración de entidades deportivas	549
1.2.2 Prevención de la corrupción en general	553
1.2.3 Prevención de la violencia:	557
1.2.4 Manejo de comunicaciones	557
1.2.5 Prevención del dopaje	558
BIBLIOGRAFÍA.....	560
Libros monográficos y obras colectivas:.....	561
Obras colectivas:	567
Artículos académicos en Revistas:	587
Tesis doctorales:	591
Otros artículos académicos:	592
Manuales, guías, reglamentos o circulares:	592
Informes especializados:	594

La corrupción es un cáncer dentro del cuerpo de las sociedades, una enfermedad que devora la confianza del público y la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus ciudadanos. Los efectos nocivos de la corrupción afectan a casi todos los aspectos de la sociedad. Agrava la polarización y la desigualdad social, política y económica; obstaculiza la capacidad de los estados para responder a las crisis de salud pública o para brindar una educación de calidad; degrada el entorno empresarial y las oportunidades económicas; impulsa el conflicto; y socava la fe en el gobierno. Aquellos que abusan de las posiciones de poder para obtener beneficios privados no solo roban la riqueza material, sino también la dignidad y el bienestar humanos.

Presidente Joe Biden

Índice de abreviaturas

ADPCP	Anuario de Derecho penal
AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AEPSAD	Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte
AMA	Agencia Mundial Antidopaje
Art.	Artículo
ASOBAL	Asociación de Clubes Españoles de Balonmano
CMA	Código Mundial Antidopaje
COI	Comité Olímpico Internacional
CONCACAF	Confederación de Norteamérica, Centroamérica y el Caribe de Fútbol
CONMEBOL	Confederación Sudamericana de Fútbol
Coord./s	Coordinador/es
CPE	Código penal español
CSD	Consejo Superior de Deportes de España
DDHH	Derechos Humanos
Dir/s.	Director/es
DL	Decreto Ley
DPA	<i>Deferred Prosecution Agreement</i> (Acuerdos de persecución penal diferidos)
DOJ	<i>Department of Justice</i> (Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América)
Ed.	Ed.
ed.	Edición
EEUU	Estados Unidos de América
EPO	Eritropoyetina
F1	Formula 1
FBI	<i>Federal Bureau of Investigation</i>
FCPA	<i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (Acta de prácticas corruptas en el extranjero, ley de los Estados Unidos)
FGE	Fiscalía General del Estado
FIA	Federación Internacional de Automovilismo
FIFA	Federación Internacional de Fútbol Asociado

GAFI Grupo de Acción Financiera Internacional
 GPF1 Gran Premio de Fórmula 1
 IAAF *International Association of Athletics Federations* (Asociación Internacional de Federaciones de Atletismo)
 JOO Juegos Olímpicos
 L Ley
 LD Ley del deporte, L10/1990, de 15 de octubre, modificada por L 11/2021, de 28 de diciembre
 LFP Liga de Fútbol Profesional de España
 LO Ley Orgánica
 MLS *Major League Soccer* (Liga Mayor de Fútbol de los Estados Unidos)
 MMA *Mixed Martial Arts* (artes marciales mixtas)
 NBA *National Basketball Association*. (Asociación Nacional de baloncesto de los Estados Unidos)
 NCAA *National Collegiate Athletic Association* (Asociación Nacional Atlética Universitaria de los Estados Unidos)
 NFL *National Football League* (Liga de fútbol Americano de los Estados Unidos)
 NPA *Non-Prosecution Agreement* (Acuerdos de no persecución penal)
 OCDE Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
 OMS Organización Mundial de la Salud
 ONG Organización No Gubernamental
 p/pp Página/s
 RAE Real Academia Española
 REDPCP Revista electrónica de Derecho penal y criminología
 REDCPC Revista electrónica de ciencia penal y criminología
 REDP Revista española de derecho deportivo
 Rev. Revista
 RDL Real Decreto Ley
 RFEP Real Federación Española de Fútbol
 RICO *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (Ley de chantaje y organizaciones corruptas)
 SAD Sociedades Anónimas Deportivas

SEC *U.S Securities and Exchange Commission* (Comisión del Mercado de Valores de los Estados Unidos de América)

SEPBLAC Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias de España

STC Sentencia del Tribunal Constitucional español

STS Sentencia del Tribunal Supremo español

TAS *Tribunal Arbitral du Sport* (Tribunal Arbitral del Deporte)

TEDH Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS Tribunal Supremo Español

UE Unión Europea

UEFA *Union of European Football Association* (Unión Europea de Fútbol Asociado)

UKBA *United Kingdom Bribery Act* de 2010.

UNESCO *United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization* (Organización de Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura)

UNODC *United Nations Office on Drugs and Crime* (Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito)

UNOSDP *United Nations Office on Sport for Development and Peace* (Oficina de Naciones Unidas en Deporte para el Desarrollo y Paz)

U.S.S.G *United States Sentencing Guidelines*

Abstract:

Castellano

El presente trabajo de investigación vincula cuatro grandes temas: 1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas; 2. La posible imputación penal de entidades deportivas de primer orden; 3. La corrupción en el ámbito deportivo influenciado por el análisis de las características específicas del ámbito deportivo que lo hacen un ámbito propenso para la comisión de hechos delictivos; 4. Los modelos de *compliance* como herramienta para combatir la corrupción en el ámbito deportivo. La novedad e interés del tema nace influenciada por la cantidad de casos de delitos económicos acontecidos en el ámbito deportivo en los últimos años y la poca investigación académica que se ha realizado para entender el fenómeno.

Inglés

This research connects four major subjects: 1. corporate criminal liability; 2. The possible criminal indictments against sports entities; 3. corruption in the sports industry influenced by the analysis of the specific characteristics of the sports field that make it an industry highly exposed to the commission of criminal acts; and 4. The compliance programs as a tool to combat corruption in the sports field. The importance and actual interest of the subject is born influenced by the high number of economic crimes that have occurred in the sports field in recent years, and the little academic research that has been done to understand the phenomenon.

Catalán

El present treball d'investigació vincula quatre temes: 1. La responsabilitat penal de les persones jurídiques; 2. La possible imputació penal d'entitats esportives de primer ordre; 3. La corrupció en l'àmbit esportiu influenciat per l'anàlisi de les característiques específiques de l'àmbit esportiu que el fan un àmbit propens per a la comissió de fets delictius; 4. Els models de *compliance* com a eina per combatre la corrupció en l'àmbit esportiu. La novetat i interès del tema neix influenciat per la

important quantitat de casos de delictes econòmics esdevinguts en l'àmbit esportiu en els últims anys, i la poca investigació acadèmica que s'ha realitzat per entendre el fenomen.

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA

1. Metodología

La metodología de la tesis, tal y como sucede en la mayoría de los trabajos de investigación en la rama del derecho, está guiada por **el método jurídico** que conlleva un análisis no limitado al plano jurídico sino a aspectos históricos, económicos, sociológicos, políticos y criminológicos. De manera que, se analiza un importante aspecto que se encuentra fuera del Derecho, la evolución del ámbito deportivo y las características que lo componen, para poder desarrollar, de esa forma, los aspectos criminógenos propios del sector deportivo. Como parte de la investigación se hizo una búsqueda sistemática de información en los grandes temas eje, que dio un importante apoyo de referencias por medio de doctrina y jurisprudencia, tanto española como extranjera, también, se utilizaron conocimientos prácticos en la materia, específicamente en la elaboración de programas de cumplimiento para lograr darle un enfoque práctico al trabajo. Asimismo, el tema que se analiza en este tipo de investigaciones puede ser general y amplio, dirigido a las experiencias; no obstante, en este caso, en concreto, el tema central es la corrupción en el ámbito deportivo a la luz de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de *compliance* anticorrupción, con base en la experiencia de casos acontecidos en este ámbito concreto.

En la recopilación de información se presentaron diversas dificultades al desarrollar el capítulo concerniente a la criminalidad en el ámbito deportivo, principalmente debido a la escasa bibliografía existente sobre este tópico. Para subsanar esta carencia, se procedió al análisis exhaustivo de una amplia gama de noticias periodísticas provenientes de medios de comunicación de reconocido prestigio internacional, y se llevaron a cabo entrevistas con expertos en la materia.

Para llevar a cabo el análisis de la investigación, se implementó la metodología delineada por el Instituto Max Planck para el Estudio del Crimen, Seguridad y Derecho (anteriormente conocido como el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional) en Friburgo. Este instituto postula que las investigaciones en el ámbito del Derecho penal deben seguir las siguientes fases investigativas¹:

- I. El análisis y evolución de cambios normativos concretos en el Derecho penal,
- II. El análisis de la delincuencia, cambios que se dan en esta y el análisis de riesgos, y

¹ Panfleto informativo entregado por el Instituto Max Planck para el Estudio del Crimen, la Seguridad y la Ley (anteriormente Instituto Max Planck de Derecho penal Extranjero e Internacional) en Friburgo a los investigadores invitados. Que fue entregado durante la estancia de investigación desarrollada por el autor en entre marzo y mayo de 2018.

III. El desarrollo de nuevas políticas encaminadas a combatir esos cambios y riesgos.

A continuación, se hace un detalle del desarrollo de esas etapas a lo largo de la investigación.

I. Análisis y evolución de cambios normativos concretos en el Derecho penal: En el primer capítulo se examina la evolución histórica del concepto de corrupción, hasta alcanzar una definición adecuada que se adapte a las necesidades prácticas actuales y sea congruente con la sociedad contemporánea, incluyendo el concepto de corrupción en el ámbito deportivo. En el segundo capítulo se estudia la evolución de la responsabilidad penal de la persona jurídica, así como su marco normativo vigente en distintos países, con especial énfasis en Estados Unidos de América y España, y su aplicación a entidades deportivas profesionales.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas está íntimamente relacionada con otro cambio normativo, bastante novedoso para el Derecho penal, la autorregulación regulada desde la perspectiva de la prevención de la corrupción y la delincuencia en general dentro de la empresa. Esta nueva herramienta legal está extensamente analizada desde una visión teórico-práctica y cómo la misma puede implementarse en un ámbito concreto como lo es el deportivo profesional.

Esta fase de investigación permitió el desarrollo de los siguientes objetivos específicos:

- Analizar la evolución del concepto de corrupción y delimitar un concepto moderno y acorde a la realidad socioeconómica actual, se aplicó la estrategia de análisis de evolución de cambios normativos concretos en el Derecho penal, para lo cual se desarrolló el capítulo titulado *La corrupción*. Este análisis se basó en recuperación de información de las principales obras en materia de corrupción, para lo cual se revisó bibliografía en español e inglés y se clasificó y se realizó un resumen de esta.
- Analizar el origen y evolución tanto de la doctrina, legislación y jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, haciendo énfasis en EEUU y España, se aplicó la estrategia del análisis y evolución de cambios normativos concretos en el Derecho penal. Para lo cual se desarrolló el capítulo tres *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, basándose en la revisión de bibliográfica, de las principales obras en la materia

tanto de España como de EEUU, destacando el análisis de obras de WILLIAM S. LAUFER y CARLOS GÓMEZ-JARA.

- Analizar la evolución del ámbito deportivo profesional y de las entidades deportivas profesionales, se aplicó la estrategia del análisis y evolución de cambios normativos concretos en el derecho deportivo. Para lo cual se desarrolló el capítulo cuatro “Contextualización del ámbito deportivo profesional y análisis de la corrupción”, basándose en la revisión de bibliografía, especialmente destacable la obra de ALBERTO PALOMAR. Además, de haber integrado la información adquirida por la participación en las sesiones de actualización de derecho del deporte, especialmente en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona, en la Universidad de Pensilvania y en el Colegio de Abogados de Costa Rica², instituciones que constantemente organizan conferencias sobre el tema y en donde se discuten problemas actuales y cambios normativos más significativos del ámbito deportivo³.
- Analizar la evolución normativa que ha sufrido el deporte y su relación con el Derecho penal, se aplicó la estrategia del análisis y evolución de cambios normativos concretos en el Derecho penal y derecho del deporte. Para lo cual se desarrolló el capítulo IV *Contextualización del ámbito deportivo profesional y análisis de la corrupción* basándose en la revisión de bibliografía y participando en sesiones de actualización de derecho del deporte⁴.

2 Durante la elaboración de la tesis doctoral se realizaron dos importantes estancias de investigación; las que permitieron darle un alcance mayor al presente trabajo de investigación: La primera estancia de investigación se llevó a cabo entre enero y marzo del año 2018 en la facultad de derecho de la *University of Pennsylvania (Penn Law)*, en Filadelfia, Estados Unidos de América bajo la dirección de los profesores Paul H. ROBINSON y William S. LAUFER, el último profesor de *Wharton School* de esa misma universidad. Dicha estancia comprendió un estudio del modelo norteamericano de responsabilidad penal, los *White Collar Crimes* en general, las *Internal Investigations*, así como el desarrollo de los programas de *anti-corruption compliance* en Estados Unidos de América. De igual forma se tuvo la oportunidad de asistir y participar en las clases del curso *White Collar Crimes* a cargo de las profesoras Mary MULLIGAN y la jueza Cheryl KRAUSE, que permitió tener una visión bastante práctica sobre los temas investigados. La segunda estancia de investigación fue completada entre los meses de marzo y mayo del año 2018 en el *Max Planck Institute Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht*, (actualmente denominado Instituto Max Planck Para el Estudio del Crimen, la Seguridad y la Ley, anteriormente de Derecho penal Extranjero e Internacional), en Friburgo de Brisgovia, Alemania. En donde la investigación se enfocó en la óptica del derecho comparado respecto a los temas responsabilidad penal de la persona jurídica y programas de *compliance*, además de investigar sobre la corrupción en el ámbito deportivo.

3 Entre estos cursos y conferencias a las que se asistió destacan: Septiembre, 2016, curso “Derecho en el Fútbol”, Valencia Club de Fútbol. 9 de febrero de 2018, simposio “The fifth annual Penn Law Sports Law Symposium. The changing landscape of professional sports”. Universidad de Pensilvania (Penn Law School), Filadelfia, Estados Unidos de América; 24 de enero de 2018, charla “*Working as a General Counsel of a Sport Organization*”. Universidad de Pensilvania (Penn Law School), Filadelfia, Estados Unidos de América; 3 y 4 de noviembre de 2017, “Primer congreso nacional de Derecho Deportivo”. Colegio de Abogados de Costa Rica, San José, Costa Rica; 8 y 9 de mayo de 2017. “III Sport and Global Governance Conference”. Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España; 15 de diciembre de 2016. conferencia “El Arbitraje en el ámbito deportivo, El Tribunal Arbitral du Sport (TAS)”. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona –ICAB- Sección de Derecho Deportivo, Barcelona España; 27 de septiembre de 2016, conferencia “Espot, gestió de conflictes y mediació” (“Deporte, gestión de conflictos y mediación”). Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona –ICAB-, Barcelona, España; 22 de septiembre de 2016, conferencia “Transferencia internacional de jugadores (de fútbol profesional). Mercados emergentes y nuevos desafíos”. Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona –ICAB-, Barcelona, España.

4 Las charlas y cursos mencionados anteriormente.

II. Análisis de la delincuencia y análisis de riesgos. La delincuencia vinculada a la corrupción pública y a los delitos económicos se distingue por características particulares que la diferencian de otros tipos de criminalidad, especialmente cuando se desarrolla en el ámbito empresarial. Esta forma de delincuencia puede volverse aún más especializada si se produce en un sector económico específico, como ocurre en el ámbito deportivo profesional.

En consonancia con lo anterior, en el primer capítulo se abordó la corrupción en un sentido amplio y como concepto delimitado, así como su manifestación en el ámbito deportivo profesional. De igual manera, en el tercer capítulo se analizó el ámbito deportivo, su evolución histórica, las características específicas que lo convierten en un entorno de alto riesgo para la comisión de hechos delictivos y la delincuencia que se presenta en él.

A continuación, se detalla la estrategia metodológica empleada para alcanzar los objetivos específicos:

- Analizar las razones o características propias por las cuales el ámbito deportivo es idóneo para que florezca la corrupción, se aplicó la estrategia del análisis de la delincuencia, cambios que se dan en esta y el análisis de riesgos, Para lo cual se desarrollaron los capítulos IV *Contextualización del ámbito deportivo profesional y análisis de la corrupción* y V *Contextualización de la criminalidad en el ámbito deportivo* basándose en la revisión de reportajes de medios periodísticos, doctrina, y la entrevista con expertos, concretamente con Rodrigo ARIAS GRILLO, miembro del Departamento de Integridad de la FIFA, realizada vía videollamada el 14 de noviembre de 2017, al Dr. Mark PIETH, catedrático de la Universidad de Basilea y ex asesor externo de la FIFA, en temas de gobernanza y ética. La entrevista fue realizada en una reunión que se mantuvo con el Prof. PIETH en la Universidad de Basilea, Suiza, el 16 de abril de 2018 y con la Sra. Pilar Chavarría, *Compliance Officer* del Atlético de Madrid, el 31 de julio de 2023, por medio de videollamada. Con el señor ARIAS GRILLO se discutió sobre los problemas más actuales que enfrenta la FIFA y los esfuerzos para combatirlos. Mientras que con el Dr. PIETH se conversó sobre los problemas estructurales de la FIFA y las características que hacen al ámbito deportivo tan proclive para la comisión de hechos delictivos, tomando como base la experiencia del profesor al haber sido consultor

externo de la FIFA para tomar medidas de reforma desde el punto de vista de la integridad y el cumplimiento. Por último, con la Sra. Pilar Chavarría se conversó sobre los esfuerzos y retos del *compliance* en el fútbol profesional de España.

- Analizar el contenido adecuado que deben llevar los llamados programas de cumplimiento penal para prevenir la corrupción, se aplicó la estrategia de análisis de nuevas políticas encaminadas a combatir cambios y riesgos. Para lo cual se desarrolló el Capítulo VI *los programas de compliance y las recomendaciones para un modelo de compliance global en los clubes y entidades deportivos*. Basándose en la revisión de extensa bibliografía especialmente se analizaron obras colectivas de España y Estados Unidos de América centradas en la temática de *compliance*, ética y prevención de la corrupción.

III. El desarrollo de nuevas políticas encaminadas a combatir esos cambios y riesgos: Los capítulos cuatro y cinco se destinan al análisis detallado de los elementos de *compliance* imprescindibles para que cualquier empresa pueda prevenir conductas delictivas. Este análisis se enfoca en mitigar los riesgos inherentes a las entidades deportivas profesionales, que es el ámbito específico del presente estudio de investigación. Además, se formularon una serie de recomendaciones específicas que deben considerarse para abordar los riesgos penales presentes en el ámbito deportivo.

Los elementos esenciales de los programas de *compliance* se derivan de la experiencia internacional, particularmente la de los Estados Unidos de América, por lo que se toma en cuenta la evolución práctica en ese país. Por último, el enfoque del *compliance* en España se ha abordado desde una perspectiva limitada al marco jurídico español, omitiendo que las empresas operan en un mercado globalizado donde las soluciones empresariales deben orientarse hacia una visión integral de la empresa. Por lo tanto, se han definido los componentes de los programas de *compliance* para diseñar y desarrollar un programa de *compliance* global, acorde con la realidad empresarial contemporánea.

A continuación, se presenta en detalle la estrategia metodológica utilizada para lograr cumplir con los objetivos específicos:

- Analizar los aspectos específicos que deben cumplir dichos programas cuando se vayan a implementar en entidades deportivas tomando en consideración las características específicas del sector deportivo, se aplicó la estrategia de desarrollo de nuevas políticas encaminadas a combatir cambios y riesgos. En virtud de lo anterior, se desarrolló el capítulo siete *Establecimiento de un Programa de Compliance en Entidades Deportivas Profesionales*, basándose en la revisión de obras bibliográficas y la experiencia del autor en el tema.
- Plantear recomendaciones específicas para implementar programas de *compliance* en entidades deportivas profesionales encaminadas a luchar contra la corrupción, se aplicó la estrategia de desarrollo de nuevas políticas encaminadas a combatir cambios y riesgos. En ese sentido, se desarrolló el capítulo ocho *Recomendaciones Específicas para Implementar un Modelo de Compliance en el Deporte Profesional Encaminado a Prevenir la Corrupción*, basándose en la revisión de informes de Transparencia Internacional y los capítulos seis y siete del presente trabajo de investigación.

De este modo, la investigación alcanzó los tres objetivos preestablecidos para el estudio jurídico-penal conforme a los lineamientos del Instituto Max Planck.

2. Introducción general

A Karl MARX se le atribuye la famosa frase: *la religión es el opio del pueblo*, una afirmación que, sin lugar a dudas, era incuestionable en la época de Marx. No obstante, este panorama ha cambiado considerablemente. Si Marx estuviera vivo hoy, probablemente su frase evolucionaría para afirmar que *en la actualidad el deporte profesional es el opio del pueblo y que el fútbol profesional es el equivalente a lo que fue la Iglesia Católica unos siglos atrás*. Y es que *el deporte ha llegado a ocupar un lugar muy importante dentro de las sociedades modernas a todos los niveles, social, económico, cultural, jurídico y político*⁵, hasta llegar a convertirse en la actividad social con mayor poder de convocatoria y movilización de masas que existe en el planeta⁶. Este hito se ha alcanzado a través de un ascenso exponencial en un lapso de cincuenta años. Sin embargo, este crecimiento vertiginoso no ha sido acompañado de avances en los ámbitos de gobernanza, transparencia y ética.

La corrupción ha permeado la historia de la humanidad, emergiendo como un desafío significativo en la sociedad contemporánea en diversos ámbitos. La comunidad internacional, tomando conciencia de la gravedad de este fenómeno, ha desplegado esfuerzos desde la década de 1990 para su erradicación. Entre las estrategias adoptadas destaca la imputabilidad penal de entidades jurídicas, la cual no se limita únicamente a la represión, sino que también busca prevenir la actividad delictiva a través de programas de cumplimiento normativo anticorrupción.

FERNÁNDEZ TORRES, abogado y profesor especializado en derecho deportivo, ha afirmado que *es preocupante y real el aumento de delitos de corrupción en el ámbito del deporte*⁵; y es que desde la publicación en internet de los famosos *Football Leaks* en 2015 y desde el gran caso de corrupción de la FIFA (*FIFA Gate*) que salió a la luz pública también en el año 2015, los casos de corrupción en el ámbito deportivo han aumentado de forma exponencial⁶. Mientras que estrictamente desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la persona jurídica no se debe olvidar la sentencia SAP Barcelona 694/2016 de 14 de diciembre⁷ fue la primera sentencia que condenó a una persona jurídica, el FC Barcelona por un delito económico (sentencia por conformidad en el denominado caso Neymar 1)⁸.

El incremento de incidencias de corrupción en el ámbito deportivo no obedece a meras casualidades. En los últimos años, se ha constatado que ciertos sectores de la sociedad son considerablemente más susceptibles a la corrupción debido a sus particularidades inherentes, la falta de supervisión a la que están expuestos, su vulnerabilidad ante la infiltración del crimen organizado, así como los cuantiosos beneficios potenciales que pueden derivarse de estas prácticas ilícitas, por ejemplo, la recolección de residuos (basura, asociado al crimen organizado), la minería, la construcción y por supuesto el deporte profesional, y especialmente el fútbol profesional se ha convertido en un “terreno idóneo” para la comisión de actividades delictivas⁹.

5 Diario Granada Hoy. Artículo “*Es preocupante y real el aumento de delitos de corrupción en el ámbito del deporte*”. Entrevista realizada por ese medio al abogado Juan Manuel Fernández Torres. Granada, España. 17 de febrero de 2023. Se puede consultar en https://www.granadahoy.com/deportes/delitos-corrupcion-deporte-Negreira-Barcelona-Fernandez_0_1766823996.html. (Consultada por última vez el 28/01/2024).

6 FERNÁNDEZ, J.L./LÓPEZ, R. *Fútbol responsable. Guía práctica para implantar la RSE en los clubes españoles*. Ed. Reus. 2020. p. 127.

7 SAP Barcelona 694/2016 de 14 de diciembre (Roj 13399), ponente Carlos Mir Puig.

8 CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023. pp. 367-368.

9 FERNÁNDEZ, J.L./LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus, 2020. p. 127.

El notable aumento de los casos de corrupción en el contexto deportivo, vinculados a la responsabilidad penal de las entidades jurídicas, ha generado la necesidad en el ámbito legal de establecer programas de cumplimiento adaptados a sus particularidades. Este fenómeno suscita un interés relevante en la presente investigación, pues implica examinar y analizar las características intrínsecas del ámbito deportivo, las cuales lo hacen susceptible a actividades delictivas. De esta manera, al aprovechar esta información, se pueden identificar las exigencias y retos asociados a la implementación de programas de *compliance* específicos para el sector deportivo profesional¹⁰.

3. Planteamiento del problema

Como se mencionó anteriormente, la proliferación de casos penales vinculados a entidades deportivas profesionales en años recientes evidencia un problema de criminalidad que ha sido descuidado y está estrechamente ligado a particularidades inherentes al ámbito deportivo que no han sido objeto de análisis por parte del Derecho penal. En este sentido, la implementación de programas de *compliance* en entidades deportivas profesionales se vuelve compleja, requiriendo, previamente, la comprensión de aspectos específicos del ámbito que inciden en este aumento de la criminalidad, así como un análisis exhaustivo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su aplicación en el contexto de las entidades deportivas.

Este estudio se centra en cuatro áreas principales: la definición de corrupción, la aplicación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas como herramienta para combatir la corrupción y su eventual aplicación en entidades deportivas profesionales; las particularidades del ámbito deportivo que lo hacen propenso a la comisión de delitos, especialmente desde la perspectiva de las entidades deportivas profesionales como personas jurídicas; y, por último, el desarrollo de los programas de *compliance* anticorrupción y su adaptación específica al contexto deportivo.

En cuanto al concepto de corrupción, es crucial destacar que, tradicionalmente, la falta de una definición clara en las leyes, tratados internacionales y trabajos académicos genera ambigüedad y falta de certeza, permitiendo interpretaciones subjetivas. Delimitar este concepto es fundamental

para abordar un tema poco explorado hasta el momento y comprender por qué el deporte profesional es susceptible a la corrupción, así como proponer soluciones desde la perspectiva de los programas de *compliance* o programas de cumplimiento penal.

Para este propósito, se examina en primer lugar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y sus diferentes modelos de imputación, que constituyen la base del *compliance*. Además, es importante aclarar que este trabajo no tiene como objetivo analizar exhaustivamente los diferentes tipos penales mencionados, ya que existen numerosos estudios especializados al respecto, sino que se realizará una breve recapitulación y se analizarán desde la perspectiva de su posible comisión en el ámbito deportivo. En segundo lugar, se analizarán los programas de *compliance* desde una visión globalizada y enfocados en los riesgos inherentes al ámbito deportivo profesional, para lo cual fue necesario identificar primero las características específicas que hacen al deporte vulnerable a la comisión de delitos.

Estas herramientas legales son resultado de la llamada *lucha internacional en contra de la corrupción*, en la que los Estados han abogado por combatirla mediante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aunque en la mayoría de los Estados esta herramienta se ha utilizado principalmente para combatir la corrupción pública, países como España han extendido su aplicación a la corrupción privada y la delincuencia económica en general¹¹, incluyendo delitos propios del ámbito deportivo como el dopaje deportivo y el amañeo de competiciones.

En cuanto al análisis del ámbito deportivo, es importante mencionar que, si bien este estudio se centra en la corrupción en los deportes profesionales en general, se presta especial atención al fútbol profesional debido a su popularidad mundial¹², su impacto económico y los numerosos casos judiciales relacionados con este deporte en los últimos años. Además, el fútbol es considerado especialmente propenso a la comisión de delitos.

11 Incluso la gran mayoría de las sentencias por responsabilidad penal de la persona jurídica en España obedecen a delitos económicos y no a temas de corrupción pública.

12 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering. A Global Criminal Justice Perspective*. Ed. Springer. 2014. p. 2: jugado por más de 265 millones de personas, de los cuales 38 millones son profesionales que juega en alguno de los 301,000 clubes que existen

Estos casos penales tienen graves repercusiones en la reputación de las personas involucradas, especialmente cuando están expuestas a una gran atención mediática, como suele suceder en España. Ese perjuicio reputacional aumentará considerablemente si se está en presencia de una empresa como imputada, las consecuencias reputacionales pueden ser peores que una eventual condena penal¹³, el escándalo mediático producto del proceso penal puede acabar con la actividad comercial de la empresa y llevarla a desaparecer. En el ámbito deportivo, el impacto reputacional es aún más grave, ya que muchos ingresos de los clubes y atletas provienen de contratos de patrocinio que se basan en su buena reputación.

Por lo tanto, el desarrollo adecuado de programas de *compliance* en clubes deportivos es crucial para prevenir contingencias significativas, pero para ello es necesario comprender las características específicas del ámbito deportivo que lo hacen susceptible a la comisión de delitos, aspectos que serán analizados en este estudio.

4. Justificación de la investigación

La justificación en una investigación académica debe cumplir con varias características: razón para llevarse a cabo, actualidad del tema, relevancia social, implicaciones prácticas, valor teórico, viabilidad de realizar la investigación¹⁴. A continuación, se delimitan para efectos de este texto todas esas características en torno al tema planteado:

Actualidad del tema: El Derecho penal económico ha sido una de las áreas del derecho que más cambios ha sufrido durante el nuevo milenio; especialmente con la adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en distintos Estados. Asimismo, en los últimos años los casos de corrupción en el ámbito deportivo han despertado un importante interés práctico debido a

13 Para entender mejor el daño reputacional debe citarse el caso del despacho Mossack FONSECA, que fue víctima de sabotaje informático para acceder a millones de documentos lo que dio pie a la publicación de los llamados *Panamá Papers* en abril de 2016, pese a ser víctima de un delito el bufete fue expuesto ante el mundo como el bufete que ayudaba a evadir impuestos, la noticia llevó al despacho a tener que cerrar 9 de sus oficinas en 2016, para el año 2018 sus dos socios principales fueron imputados por blanqueo de capitales relacionados con los casos de sobornos en Brasil, lo que conllevó al cierre definitivo del despacho, el daño reputacional de los *Panamá Papers* hizo la mayoría del daño, la imputación penal fue la gota que derramó el vaso. Sobre esto: *International Consortium of Investigative Journalists*: “Panama Papers Law Firm Mossack Fonseca closes its doors”. 14 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/panama-papers-law-firm-mossack-fonseca-closes-doors/>. (Consultado por última vez 01/05/2024).

14 BAPTISTA, P/FERNÁNDEZ, C./HERNÁNDEZ, R. *Metodología de la investigación*. 4ta ed. Ed. McGraw Hill. 2006. p. 524.

importantes delitos económicos en entidades deportivas profesionales (personas jurídicas) de primer nivel; incluso el Papa Francisco hizo un llamado a proteger el deporte del *cáncer de la corrupción y las manipulaciones*¹⁵.

La figura del *compliance* penal ha surgido con bastante notoriedad en la práctica legal española en los últimos años debido a que el *compliance* está íntimamente ligado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al poder llegar a ser utilizado como una atenuante o eximente de la posible responsabilidad de las empresas y a ser una de las principales herramientas de prevención de la corrupción y de delitos en general.

Relevancia social: El deporte profesional se ha convertido en uno de los más importantes actores sociales, siendo los eventos deportivos de máximo nivel los acontecimientos mediáticos más relevantes y vistos en el mundo entero. La pasión que genera el deporte no existe en ningún otro ámbito social ni siquiera en la industria del entretenimiento. Los escándalos delictivos asociados al ámbito deportivo son comentados y seguidos a nivel mundial, tal y como sucedió con los casos de la FIFA, el FC Barcelona, los JJOO de Salt Lake City, el caso de dopaje de Lance Armstrong, la corrupción en la construcción de obra asociada a los JJOO de Río de Janeiro y el Mundial de la FIFA en Brasil o los casos de delito fiscal de diversos jugadores en España, solo por mencionar algunos, lo convierten en un tema con alta relevancia social.

Valor teórico: El tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance* anticorrupción es sin lugar a duda el tema de “moda” en la doctrina española; sin embargo, no existen trabajos que analicen los temas de RRPJ y *compliance* en un ámbito específico de la economía, mucho menos en un ámbito tan extraño para el derecho, como el deportivo.

Por otro lado, el presente estudio aspira a contribuir a la limitada bibliografía existente sobre la corrupción en el ámbito deportivo, caracterizándose por su rigor académico y buscando fomentar una discusión objetiva sobre los problemas tratados. De esta manera, el trabajo adquiere un valor teórico significativo y, principalmente, aporta una perspectiva novedosa.

15 Diario CR Hoy, artículo: “Papa llama a proteger el deporte del “cáncer de la corrupción”. San José, Costa Rica. 5 de octubre de 2016. Se puede consultar en: <https://www.crhoy.com/sin-categoria/papa-llama-a-proteger-el-deporte-del-cancer-de-la-corrupcion/>.

Implicaciones prácticas: Esta investigación tiene una altísima implicación práctica, ya que se buscan establecer recomendaciones reales y específicas que permitan a las entidades deportivas profesionales realizar un programa de *compliance* y de esta forma prevenir la delincuencia.

Por otra parte, este trabajo conlleva un aporte importante de la experiencia del autor¹⁶, quien tuvo la oportunidad de diseñar el programa de *compliance* anticorrupción para un importante club deportivo de España, brindando de esa forma parte de su visión práctica en el trabajo y conociendo de primera mano la problemática del sector.

Viabilidad de realizar la investigación: Existe suficientes fuentes bibliográficas que permiten desarrollar los temas planteados, la única limitante en torno a la revisión de la literatura es sobre el tema de corrupción en el ámbito deportivo, sin embargo, es ese aspecto que le da “novedad” al trabajo. Para suplir esa falencia de bibliografía se analizaron abundantes noticias de medios de comunicación que permiten construir una discusión objetiva sobre dicho tema y se realizaron entrevistas con expertos en la materia.

Los elementos que aportan valor a la justificación deben tener un trabajo académico, además deben ser analizados antes y después la construcción del texto que comprende este trabajo, ya que, en primer lugar, permite identificar la viabilidad de realizar la investigación mientras que al terminar la investigación permite identificar si el autor cumplió con los elementos mencionados, justificándose el tema.

5. Objetivos de la Investigación

5.1 Objetivo general:

Desarrollar un estudio sobre la evolución del concepto de corrupción y su influencia en la doctrina, legislación y jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el deporte,

¹⁶ BAPTISTA, P./FERNÁNDEZ, C./HERNÁNDEZ, R. *Metodología de la investigación*. 4ta ed. Ed. McGraw Hill. 2006. p. 525.

analizar los programas de *compliance* en el deporte y las características específicas del ámbito deportivo para que oriente a los futuros programas de anticorrupción.

Para lograr ese objetivo general, es necesario el desarrollo de los siguientes objetivos específicos:

5.2 Objetivos específicos:

- I. Analizar la evolución histórica del concepto de corrupción, así como delimitar un concepto moderno y acorde a la realidad socioeconómica actual.
- II. Analizar el origen y evolución tanto de la doctrinaria, legislación y jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- III. Analizar la evolución histórica del ámbito deportivo profesional y de las entidades deportivas profesionales.
- IV. Analizar la evolución normativa que ha sufrido el deporte y su relación con el Derecho, especialmente con el Derecho penal.
- V. Analizar las razones o características propias por las cuales el ámbito deportivo es susceptible para que florezca la corrupción.
- VI. Analizar el contenido adecuado que deben llevar los llamados programas de cumplimiento penal para prevenir la corrupción.
- VII. Analizar los aspectos específicos que deben cumplir dichos programas cuando se vayan a implementar en entidades deportivas tomando en consideración las características específicas del sector deportivo.
- VIII. Establecer recomendaciones específicas para implementar programas de *compliance* en entidades deportivas profesionales encaminadas a luchar contra la corrupción.

El cumplimiento de los objetivos específicos se logra mediante la revisión de doctrina y jurisprudencia desde el derecho comparado, siendo necesario para esto analizar la evolución de los temas desde una perspectiva de Derecho Comparado.

CAPÍTULO II. LA CORRUPCIÓN

1. Introducción

El ex presidente de los EEUU, Jimmy Carter¹⁷ se refirió al fenómeno de la corrupción de la siguiente forma: *La corrupción es un problema que tiene consecuencias devastadoras y complejas en la democracia y los Derechos Humanos y en tiempos contemporáneos no hay país – por más rico o pobre que sea- que esté libre de corrupción*¹⁸. Más recientemente, el presidente Joe Biden ha indicado que: *Los efectos nocivos de la corrupción afectan a casi todos los aspectos de la sociedad. (...) degrada el entorno empresarial y las oportunidades económicas; (...) Aquellos que abusan de las posiciones de poder para obtener beneficios privados no solo roban la riqueza material, sino también la dignidad y el bienestar humanos*¹⁹.

Las palabras del expresidente Carter y del presidente Biden no pueden ser más acertadas, el cáncer de la corrupción está corrompiendo a la sociedad, podría afirmarse que no existe ámbito social ni económico que se libre de ella; en virtud de lo anterior, el fenómeno de la corrupción es considerado uno de los principales problemas de las sociedades contemporáneas y que más atención ha ocupado por parte de los académicos e instituciones internacionales en los últimos años²⁰.

Para dimensionar adecuadamente la magnitud del problema, resulta imprescindible hacer referencia a ciertas cifras significativas. Según datos del Banco Mundial, el monto destinado anualmente al pago de sobornos a funcionarios públicos a nivel global asciende a la astronómica cifra de un trillón y medio de dólares (\$1,500,000,000,000)²¹. Por otra parte, el fraude interno en el ámbito corporativo representa el 5% de los ingresos empresariales, lo que equivale a tres trillones de dólares (\$3,000,000,000,000)²².

17 Jimmy CARTER fue el presidente encargado de firmar la *Foreign Corrupt Practices Act -FCPA-* como ley durante su administración después de que fuera aprobada por el Congreso con 436 votos a favor y 0 en contra.

18 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption. Past concerns, present challenges, and future strategies*. Ed. Oxford University Press. 2018. Prólogo.

19 Casa Blanca de los Estados Unidos de América, comunicado de prensa: “*Fact sheet: U.S Strategy on Countering Corruption*”. 06 de diciembre de 2021. Se puede consultar en: <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/statements-releases/2021/12/06/fact-sheet-u-s-strategy-on-countering-corruption/>. (Consultado por última vez 06/12/2021).

20 VAN SCHOOR, Berta. *Fighting corruption collectively. How successful are sector-specific coordinated governance initiatives in curbing corruption*. Ed. Springer. 2017. P. 1.

21 <http://www.worldbank.org/en/topic/governance/brief/anti-corruption>; (consultado por última vez el 10/10/19) y KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption. The New Corporate Challenge*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 1.

22 *Association of Certified Fraud Examiners*, Press release: “*ACFE Report Estimates Organizations Worldwide Lose 5 Percent of Revenues to Fraud*”. Se puede consultar en: <http://www.acfe.com/press-release.aspx?id=4294973129>. (Consultado por última vez el 10/10/19).

Se ha constatado que la corrupción conlleva serias implicaciones para la economía y el desarrollo social. Directamente afecta las operaciones y la cotidianidad de las empresas, incrementa costos de bienes y servicios²³, fomenta la devaluación y genera complicaciones tanto para el gobierno como para la sociedad civil en general²⁴. Este fenómeno afecta de manera desproporcionada a los estratos más desfavorecidos de la población y puede propiciar violaciones de los Derechos Humanos²⁵. Sin embargo, su mayor impacto radica en la erosión de la confianza en las instituciones empresariales, gubernamentales y políticas, lo cual mina de forma directa la democracia y al Estado de Derecho.

El fenómeno de la corrupción parece haber aumentado en magnitud y complejidad en el último siglo, efectos adversos más significativos en la sociedad, la economía y en la democracia. Por esta razón, la comunidad internacional, liderada por Estados Unidos, inició hace tres décadas una política criminal global orientada a prevenir y combatir la corrupción pública. Esta política criminal en expansión ha tenido repercusiones importantes en el Derecho penal económico, en la transparencia y probidad de la función pública, en el buen gobierno corporativo e incluso ha justificado la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de la implementación de los programas de cumplimiento penal en las empresas.

ha puesto un énfasis particular en el ámbito empresarial, reconociendo que la corrupción no solo se manifiesta cuando un funcionario público acepta o exige un soborno, sino también cuando una empresa ofrece o paga dicho soborno. Por ello, la empresa ha sido identificada como uno de los principales actores en la lucha contra la corrupción, especialmente desde la perspectiva de la prevención. En la práctica, esto ha conllevado la adopción de modelos de autorregulación dentro de las empresas. Esta situación ha resultado en un incremento de la actividad de los grandes despachos de abogados en el mercado legal anglosajón, los cuales se han orientado a ofrecer servicios especializados en la prevención de la corrupción, anunciando esta práctica como *compliance anti-corruption* y estrechamente ligada a la práctica de *white collar crimes*. Asimismo,

23 United Nations Office on Drugs and Crime. (2013). “*An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practical Guide*”. Nueva York, Estados Unidos. Pg. III.

24 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. P. 1.

25 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2004. Prefacio por Kofi Annan.

la práctica del *compliance* se ha expandido a nivel internacional, un fenómeno del que España no ha quedado al margen y que está cobrando considerable fuerza en América Latina²⁶.

Una vez establecido este panorama internacional, se puede afirmar que los temas de responsabilidad penal de la persona jurídica y *compliance* están íntimamente relacionados, y que el análisis de estos dos elementos no puede realizarse sin comprender primero el fenómeno de la corrupción. A pesar de la importancia de este fenómeno, lo cierto es que el término “corrupción” rara vez se delimita en los textos ni en la legislación, partiendo de la premisa errónea de que es un concepto preconcebido. Este es un grave error, ya que, al ser un fenómeno tan amplio, es crucial establecer límites claros. Esta delimitación adquiere especial relevancia cuando se busca prevenir dicho fenómeno mediante la implementación de programas de *compliance* penal.

2. La corrupción

Desde el punto de vista estrictamente del Derecho penal no es posible encuadrar la corrupción en una conducta típica específica, sino que es un fenómeno que trasciende la esfera jurídico penal y que además ostenta un carácter universal²⁷. Históricamente se ha situado el origen de la corrupción casi en el origen mismo del hombre como un fenómeno asociado directamente a la pérdida de valores propios de cada sociedad y de respeto por el marco normativo existente en cada momento histórico determinado. En la actualidad, esta situación se agrava debido a una sociedad marcada por la indiferencia hacia el prójimo y la exaltación de conductas que buscan satisfacer intereses propios,²⁸ sumado a una crisis latente de valores. Como resultado, la corrupción se vuelve cada vez más grave y omnipresente en todos los sectores de la sociedad y en todo el mundo²⁹. Se sostiene que la corrupción tiene el potencial de destruir sociedades, como se ejemplifica con el caso de la antigua Roma, frecuentemente descrita como una civilización sumergida en la corrupción a todos

26 Sin embargo, el verdadero auge del *compliance* en España se debió a su propia normativa interna sobre responsabilidad penal de la persona jurídica, especialmente tras la entrada en vigor de la LO 1/2015 de 30 de marzo.

27 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”, en ; GIMENO, J.M/TEJEDOR, J./VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. 2016. p. 436.

28 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edición 2011. Ed. Edisofer e IB de F. 2011. p. 24.

29 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte”. *Fair Play. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*. 2:2. 2014. p. 105.

los niveles³⁰. En este contexto, no parece descabellado afirmar que la corrupción puede distorsionar profundamente la democracia de un Estado y su funcionamiento eficiente³¹.

También se afirma que el concepto de corrupción puede variar según el contexto histórico, por ejemplo se dice que existió corrupción dentro de las *Schutzstaffel* (SS), organización encargada de la seguridad de los campos de concentración, donde algunos agentes de la SS, influenciados por motivos morales o humanitarios³², impidieron que ciertas personas fueran enviadas a las cámaras de gas. Este ejemplo puede considerarse como corrupción dentro del contexto histórico y social específico, al ser contrario a las disposiciones dictadas por el gobierno del Tercer Reich que exigían que las SS brindaran ayuda con el exterminio de las personas en los campos de concentración, mientras que ahora podría ser considerado un acto de humanidad o de hacer lo correcto.

Desde un sentido más práctico y actual, la corrupción representa una seria amenaza para el Estado de Derecho en el que vivimos; incluso se ha llegado a considerar que debido a su gravedad, la corrupción debería ser considerada como el equivalente a los delitos enmarcados dentro del Derecho penal internacional, aplicándosele los mismos principios de perseguibilidad que a delitos como los de lesa humanidad o crímenes de guerra (imprescriptibilidad, persecución universal, aplicación de criterios de autoría mediante la tesis de aparatos organizados de poder, entre otros aspectos.)³³. La corrupción como problema internacional ha llegado a tal punto que han nacido propuestas para la creación de una Corte Internacional Anticorrupción (*International Anti-*

30 NICHOLS, Phillip. "What is organizational corruption?", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption. Cross-Sectorial experiences*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 4.

31 DION, Michel. "The impact of disguised bribes – distorting the basic functions of gift-giving practices", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 73.

32 BBC. Documental: "*Auschwitz: The Nazis and the final solution*". 11 de enero de 2005, Reino Unido. También algunos miembros de la SS salvaron a personas del exterminio a cambio de favores sexuales o de dinero.

33 KELLY, Michael J. "Prosecuting Corporations for Genocide", en BRODOWSKI, D/ ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./ TIEDEMANN, K./ VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. pp. 281 a 293; Ed. Oxford University Press. 2016. pp. 27-38, 70-71: la discusión sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en casos de crímenes internacionales no es para nada nueva, en su versión más moderna la discusión ha estado presente desde el final de la Primera y especialmente de la Segunda Guerra Mundial con la preparación de los tribunales especiales de Tokio y Nuremberg, incluso importantes empresas alemanas que se beneficiaron durante la época Nazi tuvieron que pagar importantes compensaciones a las víctimas (Audi, BMW, Krupp, Leica, Siemens, Daimler Benz, Volkswagen, Hugo Boss, Bayer e I.G Farben – encargada de fabricar el veneno de las cámaras de gas - por citar algunas). Más recientemente en la discusión del Estatuto de Roma se planteó la posibilidad de incluir dicha responsabilidad, lo cual no fue aceptado; sin embargo, en los últimos años la discusión se ha vuelto a encender. Una obra importante y reciente obra sobre el tema es: ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes as international crimes*. Ed. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017.

Corruption Court), que según algunos autores podría tener mayor respaldo internacional que la Corte Penal Internacional, al contar con el apoyo de los Estados Unidos de América³⁴.

La gravedad del fenómeno de la corrupción es indiscutible, sin embargo, resulta difícil encontrar una delimitación conceptual adecuada de dicho fenómeno, lo que requiere un análisis detallado para comprender qué es concretamente la corrupción. La respuesta es compleja, debido a que no existe una única definición y que se le suele otorgar un importante componente popular a su significado, y por lo tanto es percibida de forma distinta según la clase social y el ámbito de actividad económica de cada persona; es decir, suele ser un concepto subjetivo³⁵. Incluso para las propias leyes y tratados internacionales ha sido difícil elaborar una definición de corrupción, la mayoría de los textos legales no lo definen³⁶. Por ejemplo, la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción no hace referencia a ninguna definición de dicho término, mientras que la Convención Interamericana Contra la Corrupción se refiere únicamente a un concepto de corrupción pública³⁷. Por otra parte, el Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa define la corrupción como: *el hecho de solicitar, ofrecer, otorgar o aceptar, directa o indirectamente, un soborno o cualquier otra ventaja indebida o la promesa de una ventaja indebida, que afecte al ejercicio normal de una función o al comportamiento exigido al beneficiario del soborno*³⁸; sí bien es una definición más amplia que la de la Convención Interamericana, se limita a encasillar la corrupción en los delitos de cohecho público y privado; lo cual es una visión limitada de lo que se debe considerar corrupción.

34 ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes*. Ed. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017. pp. 411 y 414. aunque otros autores como PIETH consideran que Estados Unidos no les gustaría perder su posición actual de “fiscales mundiales” contra la corrupción por lo que no apoyaría la idea, además de que dicho autor considera que una corte de estas características tendría los mismos problemas que la Corte Penal Internacional. HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 211.

35 BARAHONA KRUGER, Pablo. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. Ed. Juridica Continental. 2004. pp. 55 y 56.

36 Ver ejemplo: Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción o la Convención para Combatir el Soborno de Agentes Públicos Extranjeros de la OCDE. Adicionalmente otros instrumentos internacionales se limitan a definir un delito de corrupción y a enlistar una serie de conductas que podrían ser actos de corrupción, sin establecer una definición del concepto. Sobre lo anterior: ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. “Límites y alcances del concepto de “corrupción” de conformidad con las convenciones internacionales”. *Rev. digital de Ciencias Penales de Costa Rica Número Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez*. 1 (32) (13). 2021. p. 75

37 Convención Interamericana Contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 26 de marzo de 1996, artículo VI: *El requerimiento, aceptación, ofrecimiento u otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones pública, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualquiera de los actos de corrupción. La participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquier acto de corrupción*.

38 Convenio Civil sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 4 de noviembre de 1999, artículo 2.

Como primera premisa de análisis del fenómeno de la corrupción, es imposible encontrar un único concepto de corrupción, cada ciencia social e incluso cada autor lo definirá de una forma distinta, por lo que nos encontramos ante un concepto que no está cerrado, que varía históricamente y que puede contener desde las formas más suaves de corrupción que no llegan ni siquiera a abusos inmorales o meros conflictos de interés, (llamada corrupción blanca) pasando por la corrupción gris que en algunos casos debe ser castigada únicamente por el derecho administrativo sancionador³⁹, hasta llegar las formas más descaradas de corrupción y propias de ser sancionados por el Derecho penal, (conocidas como corrupción negra)⁴⁰.

En virtud de lo anterior, para algunos autores, el concepto moderno de corrupción es elástico⁴¹, es decir, conlleva una concepción amplia, debido al dinamismo que enfrenta la sociedad respecto a su estructura económica y social. Demarcar un concepto de corrupción cobra una especial importancia, especialmente debido a la gran cantidad de comportamientos en el ámbito tanto público como privado que se suelen asociar al concepto de “corrupción”⁴².

Ahora bien, cuando se piensa en corrupción, se suele hacer referencia a que se está en presencia de algo negativo, que deja en evidencia la decadencia de la sociedad; incluso no es necesario pensar en un delito, sino, que se puede pensar en un acto contrario a la moral y contrario al orden social⁴³. Desde una perspectiva etimológica, como muchas palabras del castellano, “corrupción” proviene del latín, específicamente del adjetivo *corruptus*, que significa estropeado, descompuesto o destruido y hace alusión a: *alterar la forma normal y adecuada de algo*⁴⁴. Actualmente, la RAE define la corrupción como: *1. Acción y efecto de corromper o corromperse, definición que obliga a buscar el significado de corromper: 1. Alterar y trastocar la forma de algo; 2. Echar a perder,*

39 BARAHONA KRUGER, Pablo. *Corrupción e impunidad*. Ed. Juridica Continental. 2004. p. 58. Corrupción gris es aquella que esta en el límite entre ser una falta moral o se una falta jurídica que merece una sanción (administrativa o penal).

40 PRADERA, Javier. *Corrupción y política. Los costes de la democracia*. Ed. Galaxia Gutemberg. 2014. pp. 29-30; JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. “La corrupción en la democracia”, en ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F. (editores.). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. p. 143. Corrupción negra es las formas más graves de corrupción que merecen ser castigadas por el ordenamiento, usualmente mediante el Derecho penal.

41 LAUFER, William S. “Modern forms of corruption and moral stains”. The Georgetown Journal of Law & Public Policy. Vol. 12. Special Issue 2014. p. 375.

42 Ibidem.

43 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. 2:2. 2014. p. 108.

44 HODGSON, G/JIANG, S. “La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista”. Rev. de economía institucional. Vol. 10. No. 18. 2008. p. 57.

*depravar dañar o pudrir algo; 3. Sobornar a alguien con dadas o de otra manera*⁴⁵. Partiendo de la anterior definición, MALEM SEÑA ha considerado a la corrupción como un fenómeno de devastación de la sociedad y pérdida de valores en la misma⁴⁶, en donde quien actúa corruptamente no se rige por lo que las normas sociales establecen, sino, únicamente, con el objetivo de enriquecerse o enriquecer a otro sin ningún respeto por el marco de la legalidad, alterando de forma grave la pureza del ámbito específico donde se desenvuelven⁴⁷. Esta definición enmarca tanto actuaciones de funcionarios públicos como particulares y va más allá del clásico delito de cohecho, englobando desde el punto de vista del Derecho penal varias conductas típicas.

Desde el punto de vista de las ciencias sociales, la corrupción ha sido definida como: *abuso o uso indebido de poder o confianza encomendados para beneficio personal*⁴⁸, en lugar de las razones por las cuales se otorgó ese poder o confianza⁴⁹. Esa definición incluye tanto a funcionarios públicos como sujetos privados, e incluso empresas. Esos abusos de confianza se ven especialmente agravados por la sociedad en la que vivimos y que algunos autores como CORCOY BIDASOLO, han descrito como *una sociedad con una importante crisis de valores, en donde las personas son medidas por el poder y el dinero que posean*⁵⁰, lo que tiene como consecuencia que muchas personas busquen lucrar a como dé lugar y sin importarles si abusan de los poderes o confianza encomendados. No obstante, desde el enfoque criminológico, la corrupción ha sido descrita como una serie de conductas que abarcan más allá de las acciones castigadas por el Código Penal, es decir conductas que puede que no sean típicas desde el punto de vista penal, pero son vistas por la sociedad como parte del fenómeno de la corrupción, como pueden ser conductas contrarias a la ética, las buenas costumbres o, al contrario, los comportamientos socialmente aceptados⁵¹.

45 Diccionario de la Real Academia Española en su página web, consultado el 26 de septiembre de 2016: <http://dle.rae.es/?id=AzzkG49>.

46 MALEM SEÑA, Jorge. “El fenómeno de la corrupción”, en ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F (editores). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. p. 73.

47 Ibidem.

48 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 53: “*The abuse of power given by a position of influence in economics, politics, administrations of justice or non-economic organizations and associations*”.

49 NICHOLS, Phillip. “What is organizational corruption?”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 6.

50 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la Corrupción Privada. Límites y Eficacia de los Compliance”, en CORCOY, M /GÓMEZ, V/MIR, S (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 167; ROQUE, S/PÉREZ, A. “Algunas acotaciones al fenómeno de la corrupción”. Rev. La Gestión de la diversidad. XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispanofrancés. Vol. 1. 1999. p. 28.

51 SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. pp. 45-47.

Para algunos autores, desde el plano legal, resulta más adecuado que se describa la corrupción como un fenómeno amplio y adicionalmente englobar una serie de conductas típicas penalmente que pueden ser incluidos dentro de ese fenómeno⁵². Incluso hay autores que consideran que la atención debe centrarse en entender la corrupción y no en tratar de darle una definición⁵³, lo cual justificaría que las leyes y tratados internacionales no cuenten con una definición del concepto.

Empero, al ser esta investigación de naturaleza jurídico-penal no puede pasarse por alto la necesidad desde una perspectiva de política criminal e incluso de apego al principio de legalidad, de definir el concepto de corrupción. Tradicionalmente, se pensaba en corrupción como aquellos delitos cometidos en el sector público por funcionarios públicos o políticos⁵⁴, la llamada corrupción burocrática y política⁵⁵: *los funcionarios públicos son quienes reciben un pago o beneficio ilícito por dejar o por hacer algo de su cargo es decir cometer un abuso en su función, que beneficiara a un tercero (delito de cohecho) debido a posiciones de poder que permiten tomar decisiones en virtud de un título que le exija la defensa de los intereses generales*⁵⁶. Esta es la definición más clásica del concepto desde el punto de vista del Derecho penal.

Sin embargo, al hablar de corrupción pública, resulta difícil limitarse al ámbito público, ya que la corrupción pública no existiría sin la instigación o la colaboración de un agente privado, debido a que el agente público nunca cobraría ilícitamente y la corrupción no existiría⁵⁷. No obstante, en la

52 Tal y como sucede con el fenómeno de los fraudes, que abarca tipos penales como: estafas, fraude fiscal, fraude de subvenciones, fraude de simulación, quiebra e insolvencia punible (quiebra fraudulenta), entre otros.

53 NICHOLS, Phillip. "What is organizational corruption", en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 5.

54 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. "Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la Corrupción Privada", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S (Dirs). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 161.

55 *la corrupción pública puede ser de dos tipos: por un lado la corrupción en pequeña escala es decir la burocrática, como podría ser el pago de un soborno a un policía para que no imponga una multa administrativa, mientras que por otra parte existe la llamada corrupción pública a gran escala o conocida como corrupción política, en este caso podemos plantear el ejemplo de un ministro que cobra un soborno como medio para asegurar que la empresa que paga el soborno obtenga un contrato determinado con la administración pública*. ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. pp. 18 y 19; TURKSEN, Umut. "Anti-Bribery and corruption: Perceptions, Risks and Practice for UK Banks", en RYDER, Nic (editor). *White collar crime and risk*. Ed. Palgrave Macmillan. Artículo: 2018. P. 45; VILLORIA MENDIETA, Manuel. "Principales rasgos y características la corrupción en España", en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J./VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España*. Ed. Atelier.. 2016. P. 51; Y del mismo libro: TARÍN, Carlota. "La medición de la corrupción en España: los datos objetivos". p. 74.

55 MENDIETA, Manuel. "Principales rasgos y características la corrupción en España", en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J./VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España*. Ed. Atelier. 2016. pp 51, 52 y 54.

56 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 12 y 23.

57 CASAS, K/CARTER, M. *Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America*. Rule of Law Report February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas. p. 8.

práctica o tramitación de complejos casos penales de corrupción de funcionarios públicos es sumamente complicado tratar de diferenciar donde está el límite entre corrupción privada y corrupción pública, puesto que ambas se entremezclan⁵⁸. Asimismo, la corrupción privada y económica con mucha más razón será un problema originado en el ámbito privado y en la falencia de las empresas de promover una adecuada cultura ética.

Como consecuencia de lo anterior, desde hace varias décadas el concepto ha ido ampliándose para incluir acciones corruptas cometidas también por personas ajenas a la función pública o en el contexto privado: *otorgar de forma secreta (falta de transparencia) un bien o servicio a un tercero con el objetivo de influenciar ciertas acciones que el agente corrompido debe realizar y que beneficiara al que otorga*⁵⁹. Es decir, estamos ante una definición que no solo encasilla la corrupción del sector público, sino que también considera la corrupción entre particulares. Resultando por lo tanto en una definición más amplia a la clásica, sin embargo, no alcanza a englobar todos los componentes de acuerdo con la visión contemporánea.

El factor social e histórico no puede pasar desapercibido, la economía globalizada del mundo actual, con bancos privados y conglomerados empresariales, como importantes agentes en la sociedad, hacen que sea necesario una definición más amplia del término de corrupción⁶⁰. En ese contexto, la visión de corrupción clásica ha mutado bastante especialmente en los últimos años, por lo que no puede limitarse la palabra corrupción únicamente a la esfera pública, ni al pago de sobornos⁶¹, ya que, actualmente, se engloba dentro de lo que se considera corrupción tanto a la corrupción política, corrupción entre particulares, por lo que se debe tener en cuenta que cualquier ciudadano puede ser corrupto y no únicamente los funcionarios públicos⁶². Esto deriva en que, cuando se hace referencia a corrupción desde el punto de vista del Derecho penal, deba pensarse en una actuación delictiva asociada específicamente a la delincuencia económica realizada por el

58 Para ejemplificar lo anterior que mejor que la llamada trama Gurtel, en donde están siendo juzgados tantos funcionarios públicos como varios empresarios.

59 NEVADO, P/CAVAZZINI, F. “Fighting corruption with strategy”, en MAIA, A/MOREIRA J.A/PIMENTA, C/TEIXEIRA, A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Ed. Routledge. Artículo: 2016. p. 224. El trabajo original que da origen a la definición es: SENIOR, Ian. *Corruption – Worlds biggest C*. Institute of Economics Affairs.

60 TURKSEN, Umut. “Anti-Bribery and corruption: Perceptions, Risks and Practice for UK Banks”, en RYDER, Nic (editor). *White collar crime and risk*. Ed. Palgrave Macmillan. 2018. p. 46.

61 La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, hace mención expresa tanto a corrupción privada como corrupción pública.

62 SALAS PORRAS, Ricardo. “La corrupción: más acá y más allá de la norma”, en CHIRINO, A/MARTÍNEZ, H. (compiladores). *Ensayos sobre Derecho penal Económico y de Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2013. p. 709.

abuso de autoridad de uno o más agentes privados o públicos. Lo anterior debido a que en los últimos años el término corrupción en el ámbito privado ha calado en la sociedad y por consiguiente en el Derecho penal, especialmente desde grandes casos de corrupción corporativa en la primera década de este siglo y en el plano del deporte, gracias al famoso caso FIFA⁶³.

Esa nueva visión del alcance del concepto de corrupción ha sido analizada por algunos académicos, quienes la han definido como: *un fenómeno que ocurre cuando un ejecutivo o empleado de la empresa ejecuta cierto poder o influencia sobre la toma de decisiones o sobre una tarea dentro de una empresa*⁶⁴. En virtud de lo anterior, algunos autores han indicado que la corrupción debe entenderse como un fenómeno extendido en todos los sectores de la sociedad (tanto públicos como privados) y el concepto debe concebirse como una especie de término “paraguas” que conlleva un enriquecimiento ilícito de dinero o bienes y que puede abarcar delitos como: soborno, corrupción entre particulares, malversación de fondos públicos, fraude, sustracción de fondos, extorsión, fraude de contabilidad, manipulación de precios, tráfico de influencias, conflictos de interés, entre otros⁶⁵.

Partiendo de ese concepto de corrupción amplia (tanto pública, privada y económica⁶⁶), Transparencia Internacional, (uno de los principales actores en la lucha mundial contra la corrupción), ha definido ese término como *el abuso de poder para beneficio privado*⁶⁷, una definición si bien corta en palabras, pero con un alcance sumamente amplio y que deja claro que la corrupción no está atada al Derecho penal o incluso al derecho en general, sino que puede hacer referencia a comportamientos contrarios a la ética⁶⁸, especialmente en contra de la ética en los

63 VAN SCHOOR, Berta. *Fighting corruption collectively*. Ed. Springer. 2017. p. 16.

64 Ibidem.

65 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. Pp. 31 y 32; COCKCROFT, Laurence. *Global Corruption*. Ed. I.B Tauris & Co. 2012. p. 2; VAN SCHOOR, Berta. *Fighting corruption collectively*. Ed. Springer. 2017. p. 14; TURKSEN, Umut. “Anti-Bribery and corruption: Perceptions, Risks and Practice for UK Banks”, En RYDER, Nic (editor). *White collar crime and risk*. Ed. Palgrave Macmillan. 2018. p. 46.

66 Transparencia Internacional Suiza. 2017. *Corruption dans le sport: prevention et lutte*. 2da ed. p. 6. Se puede consultar en: https://transparency.ch/wp-content/uploads/2017/10/so_tos_fr_170906.pdf. (Consultado por última vez el 10/10/19).

67 Transparencia Internacional. 2009. *The anti-corruption plain language guide*. p. 14. Se puede consultar en: http://issuu.com/transparenciainternacional/docs/ti_plain_language_guide?mode=window&backgroundColor=%23222222. (Consultado por última vez el 10/10/19).

68 Transparencia Internacional Suiza. 2017. *Corruption dans le sport: prevention et lutte*. 2da ed. p. 6. Se puede consultar en: https://transparency.ch/wp-content/uploads/2017/10/so_tos_fr_170906.pdf. (Consultado por última vez el 10/10/19).

negocios, algo que desde el punto de vista de la promoción de la cultura ética y de los programas de *compliance*, tiene mucho sentido⁶⁹.

En virtud de lo anterior, puede afirmarse que la corrupción es la infracción de alguna obligación (puede ser obligación jurídica u obligaciones establecidas por medio de protocolos de conducta en el caso de empresas, por ejemplo⁷⁰, o el deber de probidad en la función pública) por parte de alguien con poder de decisión, por lo que podría definirse corrupción como la violación de una obligación de una persona (ya sea agente privado o público) con poder de decisión con el objetivo de obtener un beneficio para sí mismo o alguien cercano⁷¹. Tomando en cuenta todo este abordaje, es posible describir la corrupción como: **el abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le sean aplicables al sujeto**. De ese concepto se pueden extraer ciertas características básicas que ayudaran a determinar cuándo se está en presencia de un hecho de corrupción:

- I. Obtención de un beneficio irregular no permitido (el beneficio puede ser económico, social, sexual, un ascenso laboral o un beneficio deportivo, además el beneficio no tiene por qué ser inmediato puede ser incluso una mera expectativa de beneficio⁷²;

69 Actualmente, la corrupción pública sigue ocupando un lugar preponderante en el estudio de la corrupción como subcategoría, pero no es la única ya que también deben incluirse la corrupción privada (especialmente en las empresas), corrupción en el deporte, corrupción en la religión, y en prácticamente cualquier ámbito de la sociedad moderna. De esta forma puede establecerse que la corrupción es una herramienta para que las partes intervinientes consigan o logren algo, por ejemplo: dinero, poder, sexo, logros deportivos o incluso un empleo (por ejemplo, en el sector privado cuando termine el período en la función pública, las llamadas puertas giratorias – *revolving door*) *Revolving doors*: Bastante común que políticos al terminar su mandato terminen en grandes empresas privadas, estas lo han justificado en un *talent attraction* e incluso en que, a la hora de anunciar la contratación de un exfuncionario público para la empresa, la cotización en bolsa de la empresa sube. Sobre todo, lo anterior: GARZÓN VALDÉS, Ernest. “Acerca del concepto de corrupción”, en ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F. (editores.). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. p. 42; En el mismo libro: GARZÓN VALDÉS, Ernest. “Acerca del concepto de corrupción”. p. 42; CASAS, K/CARTER, M. *Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America*. Rule of Law Report February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas. p. 8; BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. “Puertas Giratorias: regulación y control”. en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J/VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España*. Ed. Atelier. 2016. p. 157.

69 GARZÓN VALDÉS, Ernest. “Acerca del concepto de corrupción”, en ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F. (editores.). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. pp. 44 y 47.

70 Para delitos cometidos en el ámbito de las empresas cada vez cobran más importancia las normas de *compliance* que el sujeto haya incumplido, como se verá más adelante.

71 GARZÓN VALDÉS, Ernest. “Acerca del concepto de corrupción”, en ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F. (editores.). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. pp. 44 y 47.

72 Por ejemplo, posterior a terminar su mandato, como funcionarios públicos, muchos políticos suelen ser contratados como miembros de consejos directivos de grandes empresas, podría esconderse detrás de esto un hecho de corrupción, mientras que el uso de esteroides no garantiza un beneficio por parte del deportista sino un aumento de capacidades físicas que pueden ayudar a obtener un beneficio).

- II. Violación de un deber institucional, es decir violación a un marco normativo encaminado a prevenir la corrupción, por ejemplo, contrario a los Códigos de Ética, Manual de prevención de Delitos, Legislación de Prevención del Blanqueo de Capitales, normas de carácter administrativo (como seleccionar a una empresa en concurso público pese a no ser ni la más adecuada ni la que haya presentado la oferta más económica), infracciones a principios de transparencia y probidad en la función pública, así como infracciones a la normativa deportiva;
- III. Relación de causalidad entre la violación del deber y el beneficio obtenido o esperado;
- IV La corrupción es una manifestación de deslealtad hacia la institución (llámese empresa, entidad pública, federación deportiva, entre otras); y,
- V. Los actos de corrupción se suelen esconder, buscando que nadie se entere del hecho y lograr la impunidad del delito.

Como puede apreciarse, el concepto de corrupción en el ámbito puramente jurídico-penal ha evolucionado de limitarse de un concepto destinado únicamente a englobar conductas realizadas por funcionarios públicos para llegar en algunos casos a convertirse en una penalización de desviaciones del poder o malas conductas en ciertos ámbitos profesionales⁷³. Es decir, se ha pasado del concepto de corrupción clásico a un concepto de corrupción entre particulares hasta llegar a un entendimiento que la corrupción también debe incluir las conductas penales de carácter económico y todas aquellas que atenten contra el funcionamiento normal del ámbito específico (por ejemplo, el dopaje en el ámbito deportivo), sin embargo desde el punto de vista de la percepción empresarial la definición de corrupción debe incluir también la falta a normas éticas, como código de conducta de las empresa o manuales de buenas prácticas (por ejemplo conflictos de interés). Del concepto de corrupción planteado con el análisis realizado hasta el momento se deriva que no todo acto de corrupción sea una conducta típica penalmente, es decir se puede ser corrupto sin cometer un delito, cuando existan infracciones a las políticas de *compliance* o sectoriales, o incluso a principios básicos. Un ejemplo de lo anterior, que se dio en el ámbito deportivo, fue el caso del equipo Hércules C.F, en el cual se detectó durante una investigación relacionada con la corrupción en el negocio de la basura de Alicante, que el equipo había amañado partidos para asegurarse subir de categoría, pese a lo claro de los hechos, para ese momento no existía el delito de corrupción en el

73 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. p. 24.

deporte en España como sí existe hoy en día⁷⁴, por lo que se puede afirmar que existió un acto de corrupción, sancionable, incluso a nivel disciplinario deportivo, pero no un ilícito penal⁷⁵.

Ahora bien, partiendo del concepto de corrupción como: **el abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le sean aplicables al sujeto**; es posible afirmar que la corrupción también puede ser asociada directamente a conductas criminales económicas, lo que puede denominarse corrupción en la empresa. Sin embargo, la problemática resulta más compleja ya que desde hace varias décadas la humanidad se encuentra viviendo el fenómeno de la globalización y la integración supranacional⁷⁶, las cuales tienen efectos directos en gran cantidad de ámbitos de las sociedades, como son la economía, la cultura, los negocios, entre otros. Lo anterior ha desencadenado que, actualmente, la mayoría de las empresas no se limiten a participar en el mercado nacional, si no que muchas de ellas se han aventurado al fenómeno de la globalización económica, expandiéndose de forma por lo menos internacional y sino de forma mundial como requisito, para conseguir ser importantes actores del mercado y asegurar su continuidad.

74 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. 2:2. 2014. pp. 108-110; RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 17.

75 Asimismo, ciertos sectores han sido identificados como sectores propensos a la corrupción debido a sus características específicas, tal es el caso del manejo de desechos (asociado al crimen organizado), actividades extractivas (petróleo, gas, minería), sector financiero, construcción, el farmacéutico. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Medicina y corrupción: el caso del farmasponsoring”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp. 453 a 484. Este último ámbito de actividad (farmacéutico) ha destacado por el descaro con que la corrupción ha funcionado durante décadas con pleno conocimiento público sobre la situación. Las conductas de corrupción que durante años fueron defendidas por la industria iban desde incentivos como obsequios o viajes, financiación de congresos, pagos desproporcionados por charlas o conferencias hasta el pago de sobornos, muchas veces mediante la utilización de cajas negras para realizar dichos pagos. Por lo que, toda gran empresa farmacéutica se ha declarado culpable o a negocio con la fiscalía norteamericana por algún delito. Sobre esto: BEALE, Sara S. “A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability”. *American Criminal Law Review*. No. 46. 2009. p. 1481. Más recientemente se ha destacado el ámbito deportivo como un ámbito altamente propenso a la corrupción (razón por la cual es el objeto de análisis del presente trabajo). Sin embargo, Estas características no pueden justificar la corrupción ya que la gravedad del fenómeno radica en los efectos que esta tiene en la sociedad: impacto negativo en la inversión y el desarrollo de negocios, destruye la libre competencia, aumento en la desigualdad respecto a la repartición de la riqueza, aumento de la pobreza, aumento del gasto público, pérdida de confianza en las instituciones, afecta la seguridad social y la educación, genera desconfianza, entorpecimiento de las obras públicas, ineficacia en los servicios públicos, entre otros. Sobre eso: CASAS, K/CARTER, M. *Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America*. Rule of Law Report February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas. p.10; DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 848.

P. 6; HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 38; LAUFER, William S. “Modern forms of corruption and moral stains”. *The Georgetown Journal of Law & Public Policy*. Vol. 12. Special Issue 2014.. pp. 377 y 378; PUYOL, Javier. “La corrupción pública”, en PUYOL, Javier. (Dir). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 62.

76 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edición 2011. Ed.es Edisofer e IB de F. 2011. p. 83.

La delincuencia no ha quedado fuera del fenómeno de la globalización, provocando que la corrupción también ascienda a una escala internacional⁷⁷, y es que estamos en presencia de un escenario de crimen internacional o en algunos casos globalizado, viéndose esta nueva forma de criminalidad reflejada especialmente en dos vertientes, que representan importantes retos para el Derecho penal moderno⁷⁸: por un lado, el crimen organizado, que ha encontrado en la globalización una oportunidad de negocio sin precedente⁷⁹, por otra parte, la creciente delincuencia económica, que por medio de operaciones delictivas internacionales ha logrado sacarle el mejor provecho a la globalización⁸⁰. Las conductas con mayor impacto son cometidas por medio de bancos internacionales, grupos de inversión, grandes empresas o consorcios empresariales con presencia internacional⁸¹. Ahora bien, estas últimas conductas suelen ser realizadas mediante un abuso de poder o confianza, lo que permite incluirlas en el concepto amplio de corrupción indicado en el epígrafe anterior.

En consecuencia, es posible afirmar que se está ante un fenómeno de corrupción perpetrado a través de corporaciones transnacionales, constituyendo una modalidad emergente de criminalidad, que presenta diversas características que ZÚÑIGA RODRÍGUEZ ha destacado: *1. Es compleja, es compleja de cometer y de descubrir mucho más aun de investigar y condenar; 2. De tipo empresarial, se suelen utilizar empresas para realizarla, en muchos casos existe relación directa entre la empresa y el crimen organizado; 3. Criminalidad de riesgos se asumen riesgos en la práctica moderna y producto de esa aceptación de posibles riesgos se cometen delitos; 4. Globalizada, al igual que el mundo globalizado en el que vivimos la criminalidad no tiene fronteras; 5. Es una manifestación*

77 DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 850.

78 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. pp. 71-72.

79 Las grandes organizaciones delictivas saben que deben ubicarse en la mayor cantidad de países posibles y realizar varias conductas delictivas para mejorar sus ingresos, sin olvidar que para lavar el dinero producto del crimen deben utilizarse una estructura internacional que les permita borrar el rastro de toda procedencia delictiva de los activos

80 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edición 2011. Ed.es Edisofer e IB de F. 2011. p. 85.

81 NIETO MARTÍN, Adán. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 5; Por otra parte, cabe destacar que ambas formas de delincuencia han aumentado y se esperan que sigan aumentando su actividad cada vez más en el ámbito de la llamada ciber criminalidad, motivados principalmente por la cantidad de dinero que se puede obtener y una menor posibilidad de detección y detención por parte de las autoridades, lo que va a suponer en los próximos años un importante reto para el Derecho penal.

*de la sociedad actual, una sociedad con inestabilidad con problemas sociales y económicos constantes*⁸².

Aunado a lo anterior, la criminología ha indicado que la empresa tiene un alto potencial criminógeno debido al factor de grupo o delincuencia en grupo⁸³, es decir, actuaciones delictivas que se cometen por estar en o dentro de un grupo, pero que no se cometerían de forma individual por sus integrantes, ya que el “grupo” les da una sensación de protección y confianza, siendo el principal factor de motivación el posible beneficio económico, elemento determinante para la realización de los hechos y que pone en manifiesto la pérdida de valores en nuestra sociedad y la avaricia por la que se dejan seducir muchas personas⁸⁴. Asimismo, el modelo capitalista clasifica a sus individuos por lo que poseen y no por lo que son, esto desencadena una avaricia generalizada, una sociedad individualista, sin valores, lo cual genera como resultado una importante delincuencia económica⁸⁵.

Pese a que se suele pensar que la criminalidad económica es el ámbito “menos grave” del Derecho penal, no puede olvidarse la gravedad que conlleva esa forma de criminalidad, ya que sí bien no menoscaba bienes jurídicos como la vida, la libertad o la integridad sexual y únicamente afecta a medios materiales, lo cierto es que a gran escala la criminalidad económica puede implicar la quiebra de grandes empresas lo que puede causar graves perjuicios para la sociedad afectando gravemente el desarrollo de las personas y su calidad de vida⁸⁶, tal y como sucedió con la crisis económica mundial de 2008. Muchas veces los delitos económicos son vistos por quienes los perpetran como delitos sin víctimas, ya que no ven a la víctima directamente o piensan que es solo

82 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 80-81.

83 Ibidem. p. 195.

84 VASSALLO SAMBUCETI, Efraín. “La avaricia criminalizada: Delincuencia de cuello y corbata”, en PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. p. 114. Tal como expone el autor peruano, la sociedad muestra un deseo de prosperar a como dé lugar, las clases rurales emigran a las ciudades, la clase baja quiere acceder a la clase media, la clase media a la clase alta y la clase alta quiere ser aún más rica. Este deseo de prosperar termina convirtiéndose en avaricia y lleva a las personas a cometer hechos delictivos

85 VASSALLO SAMBUCETI, Efraín. “La avaricia criminalizada: Delincuencia de cuello y corbata”, en PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. p. 107.

86 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. Artículo: 2013. pp. 63-64. grandes escándalos como por ejemplo *Worldcom* causó pérdidas por 107 mil millones de dólares americanos, *Enron* 60 mil millones de dólares americanos y el caso de Bernie Maddof más de 50 mil millones de dólares.

dinero⁸⁷. Sin embargo, el dinero juega un rol preponderante en nuestra sociedad, teniendo repercusiones directas en la calidad de vida de las personas.

Adicionalmente, el problema de la delincuencia económica o corrupción dentro de las grandes empresas tiene una importante agravante, y es que en los grandes casos de ese tipo de delincuencia existe una alta impunidad, pero adicionalmente muchas veces son los propios Estados los que deben arreglar los efectos causados por las acciones de las empresas. Por ejemplo, durante la crisis económica, los Estados tuvieron que rescatar a los bancos inyectándoles billones de euros para evitar una peor catástrofe económica y la pérdida de millones de créditos⁸⁸. Este fenómeno ha sido denominado como: *Too big for jail*⁸⁹, es decir, empresas que son tan grandes que no pueden ser imputadas; esto debido a su tamaño y a su poder económico y social⁹⁰. Como consecuencia, surge la preocupación de los puestos ejecutivos de las empresas respecto al tema de la corrupción; de acuerdo encuestas realizadas por las distintas consultoras⁹¹. Ante este escenario actual, las grandes entidades deben considerarse importantes actores en el ámbito de la corrupción y por lo tanto importantes actoras para prevenir y perseguir hechos de corrupción que puedan afectar a la sociedad. De igual forma, la responsabilidad penal de las empresas se ha establecido como una herramienta indispensable para poder perseguir la corrupción cada vez más internacionalizada. El

87 TARO LENNERFORS, Thomas. "Corruption: maximizing, socializing, balancing, and othering", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 31.

88 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. "O papel do direito penal e a crise financeira", en BRODOWSKI, D/ LUÍSA DE SÁ, A/ SAAD-DINIZ, E. (organizadores). *Regulação Do Abuso No Âmbito Corporativo: O Papel Do Direito Penal Na Crise Financeira*. Ed. Liber Ars. Artículo: 2015. p. 17.

89 JORDAN, S.D/ STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p.10. Un claro ejemplo del *too big to jail* fue el caso General Motors (GMC) empresa que llegó a la bancarrota debido a una serie de conductas delictivas y malas decisiones administrativas, la empresa terminó siendo rescatada por el gobierno federal de los Estados Unidos de América que ahora es dueño del 60% de dicha empresa, esta compra fue criticada porque parte del dinero pagado por el gobierno fue utilizado por la empresa para pagar multas establecidas por hechos delictivos. Sobre esto: ALSCHULER, Albert. *Two Ways to think about the Punishment of Corporations*. American Criminal Law Review 46, 2009. pp. 1375 y 1376; Aun así, el 76% de las empresas incluidas en el Fortune 100, realiza esfuerzos para educar y entrenar a su personal y directivos sobre sus obligaciones en *compliance*. Sobre esto: GARRETT, L/ MITCHELL, G. "Testing Compliance". Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p. 70.

90 por ejemplo: 1. la suma de las ventas anuales de 200 empresas más grandes del mundo supera el producto interno bruto de cualquier país del mundo, a excepción de las 10 economías más grandes del mundo, 2. En el *top 100* de economías más grandes están 69 empresas frente a 31 Estados. Sobre esto: LAUFER, William S. "Modern forms of corruption and moral stains". The Georgetown Journal of Law & Public Policy. Vol. 12. Special Issue 2014. p. 385. Las 10 economías más grandes del mundo son: 1. Estados Unidos de América, 2. China, 3. Japón, 4. Alemania, 5. Reino Unido, 6. India, 7. Francia, 8. Brasil, 9. Italia, 10. Canadá; *World Bank Group top 100 countries/corporations*, 20 de septiembre de 2016. <https://blogs.worldbank.org/publicsphere/files/publicsphere/top-100-countries-corporations-by-revenues.jpg>. (Consultado por última vez el 10/10/19). Es importante indicar que en 2006 eran 40 empresas frente a 60 Estados, quedando en evidencia el rápido crecimiento de las grandes empresas gracias a la globalización. Sobre esto: LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds. The failure of corporate criminal liability*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 5.

91 HEIMANN, F/ PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 44. En una encuesta de Price Waterhouse Cooper la preocupación de los CEO respecto al soborno y a la corrupción en 2011 era del 34% mientras que para el 2013 era del 53%.

costo económico y las repercusiones a la sociedad ocasionadas por esa delincuencia es considerablemente mayor al de los delitos tradicionales⁹². Lo anterior ha generado que en los últimos años la indignación social por esos delitos haya crecido⁹³.

El estudio de la delincuencia económica tiene una amplia trayectoria, desde que el 27 de diciembre de 1939, en la edición número treinta y cuatro de la reunión anual de la Sociedad Americana de Sociología, EDWIN SUTHERLAND hizo referencia por primera vez al concepto de *white collar crimes*⁹⁴, al cual definió en un primer momento como aquellos delitos cometidos por personas con respetabilidad y de un estatus social alto debido a su ocupación laboral o empresarial⁹⁵, es decir centrándose en un perfil de la persona que comete el delito más que en la acción ejecutada (*white collar criminal*), definición muy acorde al punto de vista de un sociólogo.

Adicionalmente, SUTHERLAND estableció algunas conductas criminales que él consideraba *white collar crimes*: establecimiento de precios por parte de empresas, pasando por publicidad engañosa, prácticas laborales injustas, sobornos, fraudes y estafas, manipulaciones financieras complejas, entre otras; pero siempre relacionadas con la delincuencia económica⁹⁶. Asimismo, todos los delitos enumerados anteriormente poseen un factor en común, que SUTHERLAND destaca, y es que todos pueden ser cometidos por medio de personas jurídicas y en beneficio de estas. Es decir, que existe una relación directa entre los *white collar crimes* y la posible responsabilidad penal de la empresa en la mayoría de los casos⁹⁷. Tan estrecha es esta relación que SUTHERLAND la destacó en su obra y actualmente en los manuales de derecho en Estados Unidos el análisis de ambas se suele realizar de forma conjunta en un mismo capítulo. Y es que los delitos englobados en la categoría

92 DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 851; SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. p. 9. Sutherland cita el ejemplo en su obra de un empleado de una sola tienda (perteneciente a una gran cadena de tiendas) se embolsó en un año más de \$800.000, mientras que si se sumaban todas las pérdidas económicas por los 500 robos y hurtos que sufrió esa misma cadena, pero en todos sus locales a lo largo de Estados Unidos de América la suma era seis veces inferior.

93 LAUFER, William. “Where is the moral indignation over Corporate Crime”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 17. Delitos rojos = delitos de sangre, o con uso de violencia, fuerza, y delitos sexuales.

94 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. pp.1.

95 SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. pp. 7 y 232. *White collar* traducido literalmente como cuello blanco, haciendo referencia al cuello de las camisetitas de vestir.

96 La gran crisis económica de 2008 es un claro ejemplo de cómo una grave manipulación del mercado financiero puede tener repercusiones económicas a nivel global.

97 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 34.

de *white collar crime* son los mismos que deben prevenirse para que no sean cometidos por empresas de acuerdo con el desarrollo de los programas de *compliance*. Ante esta percepción, los autores consultados afirman que los *white collar crimes* o la delincuencia económica es un sinónimo de la delincuencia de empresa⁹⁸.

Cabe destacar, que en su última obra de 1949 SUTHERLAND estableció una última definición de *white collar criminal*, como la de aquella persona con alto nivel socioeconómico que viola las leyes designadas para regular la actividad en la que se desenvuelve⁹⁹. Basándose en la definición anterior, otros autores han afirmado que el nacimiento de los *white collar crimes* se pueden rastrear hasta la Antigua Grecia, donde los agentes públicos (cobradores de impuestos) se adjudicaban de forma ilícita propiedades que pertenecían al gobierno¹⁰⁰. Es decir, situaciones en las que existe **abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le son aplicables al sujeto.** Partiendo nuevamente de un punto en común entre el alcance del concepto de *white collar crimes* y la definición de corrupción establecida para el presente trabajo.

Más recientemente, el término *white collar crime* se ha convertido en sinónimo de conductas delictivas cometidas por los profesionales de negocios (*business professionals*) y por empleados públicos motivados por la obtención de un beneficio, estos delitos se caracterizan por no necesitar violencia ni fuerza, pero sí engaños o violación de la confianza¹⁰¹. Mientras que en la práctica legal estadounidense se ha llegado a emplear como una clasificación que engloba todos los fenómenos de la corrupción, como lo son: los *economic crimes* (delitos económicos), *corporate crimes* (delitos corporativos), *insider trading conspiracies* (uso de información privilegiada) y delitos relacionados a la esfera más clásica de corrupción (*bribery* como delito de cohecho a funcionario público)¹⁰².

98 DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 854.

99 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. p. 95.

100 ADLER, F/MUELLER, G.O/ W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta ed. Ed. McGraw Hill. 2004. p. 319.

101 Página web del *Federal Bureau of Investigation* (FBI) de los Estados Unidos de América: “Reportedly coined in 1939, the term *white-collar crime* is now synonymous with the full range of frauds committed by business and government professionals. These crimes are characterized by deceit, concealment, or violation of trust and are not dependent on the application or threat of physical force or violence. The motivation behind these crimes is financial—to obtain or avoid losing money, property, or services or to secure a personal or business advantage”. Se puede consultar en: <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime> consultada el 14 de agosto de 2017.

102 LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p.1; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 1. ADLER, F/ MUELLER, G.O/ W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta

Desde un punto de vista más teórico, la definición original dada por SUTHERLAND debe expandirse para poder satisfacer los elementos propios de la economía moderna y así englobar el concepto moderno de corrupción¹⁰³. Para solventar esta limitación en otros análisis científicos se han construido nuevas y modernas definiciones; siendo la más aceptada la de EDELHERTZ, quien propone que los *white collar crimes* son aquellos delitos cometidos sin violencia o fuerza, mediante ocultación o engaño, con el objetivo de obtener dinero, propiedades, ventajas personales o para no perder dinero o propiedades, o no hacer frente a una obligación¹⁰⁴. EDELHERTZ fue más allá y propuso cuatro categorías de delitos: 1. *Violaciones Ad-hoc cometidas en beneficio de una persona, y en donde la víctima suele ser el gobierno*; 2. *Abusos de confianza, como conflictos de intereses o sobornos (administraciones desleales, fraudes empresariales, insider trading, corrupción entre particulares*; 3. *Delitos económicos colaterales, delitos cometidos como medio para asegurar el delito principal (fraudes contables, delitos societarios, blanqueo de capitales)*; y 4. *Fraudes a gran escala*¹⁰⁵. Todas estas conductas tienen en común un abuso de confianza con fines privadas.

Por otra parte, SUSAN SHAPIRO plantea una definición desde el punto de vista de la conducta y no de la persona que lo comete, definiendo los *white collar crimes* como violaciones a la confianza por medio de tergiversación, corrupción y conflicto de intereses¹⁰⁶. Otros hallazgos en la literatura consultada han clasificado estas conductas como aquellos delitos realizados mediante el uso de falseamiento, engaño o malicia, para realizar una transacción en apariencia legítima, con el fin de obtener un beneficio de carácter ilícito, dentro de esta definición es posible encontrar delitos como:

ed. Ed. McGraw Hill. 2004. p. 320. Dichos autores establecen que entre los delitos que se pueden considerar *White collar crimes* en el derecho anglosajón destacan: *academic crime, adulterated food, drugs or cosmetic, antitrust violations, ATM fraud, bad checks, bribery, check kiting, combinations in restraint of trade, computer crime, confidence crime, contract fraud, corrupt conduct by juror, counterfeiting, defense contract fraud, ecology law violations, election law violations, embezzlement, employment agency and education related scams, environmental law violations, false advertising and misrepresentation of products, false and fraudulent actions on loans, debts and credits, false pretenses, false report or statement, forgery, fraudulent, checks, health and safety laws, health care providers fraud, home improvement frauds, impersonation, influence peddling, insider trading, insufficient funds checks, insurance fraud, investment scams, jury tampering, kickback, land sale frauds, mail fraud, managerial fraud, misappropriation, monopoly in restraint of trade, ponzi schemes, procurement fraud, racketeering influenced and corrupt organizations (RICO), religious fraud, sports bribery, strategic bankruptcy, subornation or perjury, swindle, tax law violations, telemarketing or boiler room scams, telephone fraud, travel scams, unauthorized use of a motor vehicle, uttering, uttering bad checks, welfare fraud, wire fraud.*

103 LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p.130.

104 EDELHERTZ, H/ROGOVIN, C. *A national strategy for containing white collar crime*. Ed. Lexington Books. 1980. p.122; GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 1980. p.103.

105 Ibidem. p.122.

106 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. p.112.

defraudaciones, falsedades, prácticas de competencia desleal, espionaje industrial, corrupción privada y corrupción pública¹⁰⁷.

La mayoría de las definiciones contemporáneas relativas a los delitos de cuello blanco engloban delitos que como característica causan un importante daño, desde afectaciones a los ahorros hasta colapsos en la industria de préstamos, llevando en algunos casos a los inversores a perder los ingresos de toda una vida de trabajo; también cuando una empresa es la responsable aparte de los clientes se ven afectados los inversores y los trabajadores¹⁰⁸.

Otros autores como REISS y BIDERMAN, consideran los *white collar crimes*, como violaciones a la ley mediante acciones relacionados con el uso de la posición de poder o confianza que ostenta el sujeto que comete el acto con el objetivo de obtener un beneficio económico ilícito¹⁰⁹. Una definición que es muy similar a algunas de las definiciones más contemporáneas de corrupción como la establecida en el primer epígrafe de este capítulo. Adicionalmente, se considera que los delitos de cuello blanco cuentan con características especiales más allá de la singularidad de sus autores, ya que son delitos complejos que en la mayoría de los casos requieren conocimientos o habilidades especiales, para ser realizados, además de que son de difícil detección, investigación y procesamiento¹¹⁰. Aunque la definición dada por SUTHERLAND puede considerarse un poco desactualizada debido a que muchos de los delitos económicos son cometidos no solo por *white collar employees* o por personas de clase social alta; lo cierto es que el concepto se sigue utilizando y la principal razón es que permite diferenciar los delitos económicos de los llamados delitos de “la calle” o delitos comunes¹¹¹, además de que la definición planteada por SUTHERLAND ha sido

107 VASSALLO SAMBUCETI, Efraín. “La avaricia criminalizada: Delincuencia de cuello y corbata”, en PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. p. 107.

108 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p.1.

109 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. p. 97.

110 DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 859; Algunos autores han definido los *white collar crimes* desde el punto de vista negativo, es decir indicando las características que no poseen estos delitos, esas características son: 1. *Delitos que no son cometidos con violencia (personas) o fuerza (cosas)*, 2. *Delitos que no están relacionados con la posesión, la venta o distribución de sustancias controladas o prohibidas*, 3. *Delitos que no están relacionados con el crimen organizado (principalmente porque están asociados a otro tipo de delincuencia de carácter violenta y porque son investigados por y acusados por departamentos especializados de criminalidad organizada)*, 4. *Delitos que no están asociados a la inmigración y a los derechos civiles (porque son investigados por departamentos especializados)*, 5. *Delitos que no son considerados como hurtos o robos comunes*. JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. pp. 3; STRADER, J. Kelly. *Understanding White Collar Crime*. 2da ed. Ed. Lexis Nexis. 2006. p.2.

111 STRADER, J. Kelly. *Understanding White Collar Crime*. 2da ed. Ed. Lexis Nexis. 2006. p. 1. Cabe destacar que el término *white collar crime* además permite diferenciar la práctica en los bufetes americanos especializada en delitos económicos, que destaca como una de la más prácticas con mayor crecimiento en el mercado norteamericano.

utilizada como base para construcciones conceptuales más contemporáneas que se adapten a la criminalidad moderna, englobando de esta forma delitos no solamente cometidos por ejecutivos de empresa, si no también delitos en el marco de la empresa, siempre cometidos con fines privados y mediante un abuso de confianza, congruente con el término de corrupción indicado algunos epígrafes atrás. Ahora bien, resulta importante delimitar dos tipos de delincuencias que se dan en el marco de empresas, la criminalidad en perjuicio de la empresa y aquella en beneficio de la empresa, análisis que se realizará a continuación. Resulta indispensable delimitar dos situaciones distintas que pueden presentarse en el marco de las empresas: *1. La criminalidad cometida por medio de empresas o en perjuicio de estas; y 2. La criminalidad en beneficio directo o indirecto de empresas*¹¹². Adicionalmente, esa delimitación resulta útil de cara a comprender el alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Previo a analizar las dos situaciones es importante indicar que ambos casos pueden considerarse hechos de corrupción de acuerdo con la definición construida en esta investigación **el abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le sean aplicables al sujeto**. Los delitos en perjuicio de la empresa, también denominados fraudes internos, representan pérdidas correspondientes al 5% de total de los ingresos anuales de las empresas. Para entender mejor lo extendido que se encuentra el problema, entre los años 2005 y 2007, el 49% de las empresas alemanas afirmaron haber sido víctimas de fraudes internos¹¹³. Según los criminólogos los delitos en perjuicio de la empresa no se cometen necesariamente por que la persona sea corrupta, de acuerdo con DONALD CRESSEY se dan una serie de circunstancias, denominadas como *triángulo del fraude*, que motivan a los empleados a cometer delitos, estas son: *1. Incentivo o presión (necesidad financiera, motivo personal, o por pocos incentivos laborales); 2. Actitud o*

112 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 5.

113 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. p. 20. Sobre este punto la jurisprudencia española ha indicado en un caso de estafa en perjuicio de una empresa, indica el TS que si la empresa hubiese contado con un programa de *compliance* el delito no se hubiese dado, y si bien esto no puede ser considerado como una autopuesta en peligro, lo cierto es que a futuro el criterio podría cambiar. Sobre esto: STS 1210, de 9 de abril de 2019, ponente Vicente Magro Servet. Otro sentencia destaca: “Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato”. STS 2947/2018, de 18 de julio de 2018, ponente Vicente Magro Servet. Sobre esto: MAGRO SERVET, Vincent. “El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo”. CEFLegal: Rev. práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos, ISSN-e 2697-2239, ISSN 1699-129X, N°. 252, 2022.

*racionalización (“no es un delito”, “me lo merezco”); 3. oportunidades reales (falta de guardián, debilidades de control interno, ausencia de segregación de funciones)*¹¹⁴.

Ahora bien, dentro de las empresas se han identificado áreas o departamentos más vulnerables que otros para que se den los fraudes internos; por ejemplo, el 77% de los delitos suelen ser cometidos en alguno de los siguientes departamentos: contabilidad, operaciones, ventas, servicio al cliente, compras y finanzas¹¹⁵. Cuando son dos o más los autores las pérdidas para la empresa se triplican (en EEUU se habla de que se pasa de \$80.000 a \$300.000), además el 87% de los autores de los delitos no tenían condenas o incriminaciones previas en hechos delictivos por lo que la anticipación de la empresa por un historial delictivo no es viable. Sin embargo, las grandes consultoras (*big four*) por medio de análisis de *big data* han desarrollado un perfil del empleado que comete delitos en la empresa y gracias a esto se puede conocer ciertas características de quienes pueden llegar a cometer delitos en las empresas, para entender mejor el perfil de delincuente en la empresa se han clasificado según las siguientes características: *Sexo: Hombres 75%, mujeres 11,1%, desconocidos 13.9%; Edad: entre 21 a 30 años: 5.6%, entre 31 a 41 años: 16.7%, entre 41 a 50 años: 36,1%, mayor de 50 años: 25%, desconocido: 16.7%; Años de antigüedad de trabajar en la empresa: 3 a 5 años: 19,4%, 6 a 10 años: 19,4%, más de 10: 47,2%, desconocido: 13,9%; Nivel de estudios: licenciatura o maestría : 61,1%, diplomado: 5,6%, secundaria: 5,6%, desconocido: 27,8%; Perfil profesional: alta dirección: 44,4%, mando intermedio: 33,3%, empleado: 22,2%*¹¹⁶.

Estos datos evidencian que los empleados con mayor probabilidad de cometer delitos son hombres de entre 41 y 50 años, con una preparación académica superior (mínimo licenciatura), más de 10 años de antigüedad en la empresa y ocupando puestos de alta dirección. Curiosamente, este perfil muy similar al que describió SUTHERLAND en su obra *white collar crime*, donde identificó a hombres mayores, de alto nivel social y educativo como principales autores de los delitos en el marco de la empresa¹¹⁷.

114 OLCINA, Enric. “Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa”. Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. Artículo: pp. 14-15; KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. “Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. (coordinadores). *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. pp. 293-294.

115 Estadísticas dadas por funcionarios de la consultora EY a lo largo del Postgrado Experto en Compliance Penal de la Universitat de Barcelona, primera Edición (2015-2016).

116 Ibidem.

117 *El perfil del sujeto que comete delitos en la empresa repercute directamente en las formas de detección de la criminalidad en la empresa, ya que está demostrado que el medio más idóneo para descubrir la existencia de hechos de delincuencia en la empresa son los canales de denuncia, mientras que por medio de auditorías internas de las empresas se detectan un 14.1%, porcentaje*

Adicionalmente existen los delitos cometidos por personal de la empresa que utilizan la organización como una herramienta para defraudar a socios comerciales, clientes y otros. Los delitos en beneficio directo o indirecto de la empresa, o delitos empresariales, en sentido estricto, son aquellos cometidos en representación de la empresa, ya sea por empleados, directivos, accionistas o incluso terceros con capacidad de representación de la empresa. Este tipo de hechos serán analizados con mayor detalle en el capítulo de Responsabilidad penal de la persona jurídica. Lo anterior deja en evidencia la necesidad de adoptar nuevos modelos de control que garanticen la transparencia de las actuaciones de las empresas. Para ello se han implementado los modelos de prevención y medidas específicas para la represión de esos hechos, dígame programas de compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas respectivamente. Ambas herramientas caracterizan la lucha internacional contra la corrupción que desde la década de los 90 se ha estado llevando a cabo y que será analizada brevemente a continuación.

3. Lucha contra la corrupción

Tal y como se ha analizado, la corrupción es uno de los principales problemas de la sociedad actual, en virtud de los efectos nocivos que produce y que amenazan los componentes sociales, económicos y políticos del Estado; se ha advertido que esas amenazas pueden llegar a poner en peligro la democracia, el mercado (o algunos sectores) y a la sociedad misma¹¹⁸. El problema se agrava particularmente cuando la sociedad normaliza o cede frente a la corrupción¹¹⁹. De acuerdo

mayor que por medio de las auditorías externas (3%). Esos datos vistos en conjunto a los del perfil de defraudador de la empresa, tienen sentido, ya que, una persona con mayor preparación académica, con un amplio conocimiento del funcionamiento de la empresa y un puesto alto dentro de la organización tiene mayor capacidad de realizar y esconder su delito, ya que en muchos casos tiene acceso a los mismos sistemas de control empresarial además de ser importantes controladores de las comunicaciones empresariales. Y es que las comunicaciones de las decisiones dentro de la empresa son un elemento muy importante no solo desde el punto de vista de la buena gestión empresarial sino también desde la perspectiva de la imputación de responsabilidad penal de personas físicas y a la hora de diseñar e implementar un programa de compliance y específicamente los medios de control a imponer. Recordándose que las empresas son sistemas sociales compuestos por personas físicas que actúan en nombre de ella, pero además es un sistema basado en las comunicaciones, más específicamente la comunicación de las decisiones. Sobre esto: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica”. Rev. electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 8. 2006. pp. 05:5 – 05:6. Un ejemplo que engloba todas las características mencionadas en este epígrafe es el famoso casos FIFA Gate que se analizará más adelante en este trabajo.

118 DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 847.

119 Por ejemplo, afirmaciones como “todo mundo lo hace y no pasa nada”, se hacen aceptadas y habituales en la sociedad

con los criminólogos esa normalización de la corrupción en la sociedad aumenta la cantidad de corrupción y neutraliza su gravedad¹²⁰.

Todos los factores analizados hasta ahora en el presente trabajo (corrupción, delincuencia económica en la empresa, *white collar crimes*), han dejado en evidencia la necesidad de dotar a los ordenamientos de herramientas para prevenir y combatir la corrupción, en el sentido definido en este capítulo. EEUU ha hecho uso de su hegemonía y su poder internacional, con el objetivo de combatir la corrupción de forma internacional. Lo anterior tuvo como consecuencia la aprobación de una serie de instrumentos internacionales encaminados a prevenir y combatir la corrupción¹²¹.

Adicionalmente, importantes actores internacionales como el Banco Mundial, Banco Centroamericano de Integración Económica, entre otros, han tomado la batuta en la campaña encaminada a prevenir la corrupción y castigarla; esas entidades han puesto en práctica la prevención de la corrupción mediante el financiamiento de proyectos de formación, estableciendo una serie de medios de control y canales de denuncia encaminados a detectar hechos de corrupción que afecten de alguna forma a la entidad¹²². Adicionalmente, han establecido listas negras de entidades y personas físicas que han sido sancionadas por hechos asociados a la corrupción¹²³.

La lucha internacional contra la corrupción ha tenido efectos en los diversos Estados, quienes han establecido una serie de medidas encaminadas a reprimir y prevenir la corrupción, especialmente desde el punto de vista de la empresa. Para cumplir lo anterior, se han desarrollado varias herramientas: promoción de una adecuada organización empresarial, del buen ciudadano corporativo, gobierno corporativo, la gobernanza, la gestión de riesgos, entre otros. HEIMANN

120 NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 191.

121 Los principales instrumentos internacionales en la lucha contra la corrupción son: La Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción de 2003, la Convención de la OECD para Combatir el Sobornar Oficiales Públicos Extranjeros en Transacciones de Negocios Internacionales de 1999, mientras que a nivel regional destacan: En América la Convención Inter Americana contra la Corrupción de la Organización de Estados Americanos (OEA) de 1996, en Europa la Convención de la Unión Europea para Combatir la Corrupción de Oficiales de las Comunidades Europeas o los Oficiales de los Países Miembros de 1997, y la Convención del Consejo de Europa contra la Corrupción Publico-Privada, mientras que en África destaca el Protocolo Contra la Corrupción de la Comunidad de Desarrollo de África Austral de 2001. Que sí bien no exponen el concepto concreto de corrupción son herramientas que buscan perseguir y castigar dicho fenómeno.

122 Sobre todo, lo anterior: HEILBRUNN, John. “The fight against corruption: the World Bank debarment policy” en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. (coordinadores). *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 321.

123 Ibidem. pp. 323-328.

estableció cinco etapas en la lucha contra la corrupción: 1. *La lucha iniciada por Transparency International contra la corrupción*; 2. *la entrada en escena de organizaciones internacionales como la OCDE, UNODC, G20, el Banco Mundial con la promulgación de convenciones anticorrupción*; 3. *los estados adoptaron estas convenciones internacionales por medio de creación de nuevas leyes nacionales*; 4. *las empresas desarrollan programas de compliance*; 5. *grupos populares bien organizados están en contra de gobiernos corruptos*¹²⁴.

Como parte de las etapas y concretamente respecto a la creación o modificación de leyes nacionales, debemos destacar que los Estados han encontrado en el Derecho penal una de las herramientas más importantes en la lucha contra la corrupción; lo anterior ha tenido como efecto, que el Derecho penal se encuentre en constante mutación con el objetivo de adaptarse a la globalización y a los retos que esta plantea, esto conllevará que cada día sea más común un Derecho penal unificado entre países, pero marcado por un menor respeto a las garantías y en donde se suavicen las reglas de imputación¹²⁵. La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido un elemento central en esa adaptación del Derecho penal.

Es importante destacar la creación de las llamadas Agencias Anticorrupción por parte de diversos Estados; esas agencias son entidades encaminadas a asesorar y acompañar a las instituciones públicas en la adopción de componentes anticorrupción, desde una visión preventiva, identificar situaciones de conflictos de intereses, gestionar los canales de denuncia para las diversas entidades públicas y encargadas de realizar investigaciones internas en esas entidades, así como el eventual reporte a las autoridades judiciales y el seguimiento de las investigaciones judiciales¹²⁶.

4. Corrupción en el ámbito deportivo

El abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le son aplicables al sujeto,

124 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 1717.

125 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edición 2011. Ed.es Edisofer e IB de F. 2011. pp. 83-90.

126 Portal de la Agencia antifraude de Cataluña: <https://www.antifrau.cat/es/investigacion.html>, portal de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción de las Islas Baleares <https://oaib.es>. Adicionalmente en España existen oficinas anticorrupción en Galicia, Valencia, Aragón y Navarra, así como Italia, Francia y Portugal.

dígase la corrupción, por empresas se ha expandido hasta contaminar al ámbito deportivo, donde las máximas entidades deportivas como el COI, la FIFA o los principales clubes deportivos del mundo se han visto salpicados por graves casos de corrupción, que dejen en evidencia no solo la expansión del fenómeno sino la vulnerabilidad del sector. Ante este panorama, el ámbito deportivo ha sido destacado como un ámbito sumamente propenso para la corrupción e incluso para algunas conductas delictivas concretas (por ejemplo, el blanqueo de capitales). Sin embargo, el concepto de corrupción en el ámbito deportivo es sumamente amplio, ya que incluye aspectos no solamente propios de la delincuencia económica tradicional sino conductas que únicamente pueden darse en este sector, tales como dopaje y amañeo de partidos¹²⁷, que también tienen consecuencias o efectos económicos, pero son conductas exclusivas del ámbito deportivo.

Concretamente, el fenómeno de la *corrupción en el ámbito deportivo* ha sido definida mediante una clasificación de dos categorías. La primera compuesta por tres elementos: 1. Corrupción en la competición (dopaje o amañeo de partidos); 2. Corrupción sistemática del sistema como parte de una cultura de desorganización (corrupción en los procesos mediante votación, selección de sedes de mega eventos deportivos, fraude fiscal); y, 3. Corrupción asociada a las apuestas (amañeo de partidos, blanqueo de capitales, coacciones): La segunda clasificación se basa en si la corrupción es dentro del terreno de juego o fuera: 1. *Corrupción competitiva (realizada por los atletas, entrenadores o incluso directivos con el objetivo de afectar el resultado de la competición deportiva)*; 2. *Corrupción en la administración (corrupción relacionada con los directivos y encargados de presidir las entidades deportivas y que no afecta el resultado de la competición deportiva)*¹²⁸. Esas clasificaciones permiten apreciar con mayor facilidad las formas en las que se puede llegar a dar la corrupción en el ámbito deportivo, sin embargo, no permiten entender los motivos que hacen que el deporte sea tan propenso para la corrupción¹²⁹.

En los últimos años, la magnitud de los casos asociados a la corrupción en el ámbito deportivo ha aumentado, grandes e importantes entidades deportivas se han visto envueltas en escándalos, pero también relevantes deportistas y directivos se han visto inmersos en grandes casos de corrupción,

127 WLADIMIR, Andreff. "Corruption in sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Ed. Sage Publications. Artículo: 2016. p. 47.

128 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 21.

129 Esos motivos son analizados más adelante en el presente trabajo en el apartado titulado: Factores extrapenales propios del ámbito deportivo que aumentan el riesgo de comisión de delitos (elementos criminógenos).

a título personal¹³⁰. Cabe destacar que en la mayoría de estos casos hay personas jurídicas (no siempre empresas como tales), desde empresas pantalla utilizadas en paraísos fiscales para no tributar o tributar menos, o para esconder pagos ilícitos, hasta empresas constructoras involucradas en casos de corrupción pública-privada para la construcción de grandes obras deportivas en el marco de mega eventos deportivos, así como clubes y federaciones deportivos.

Ahora bien, el eje transversal del presente trabajo es la corrupción en el ámbito deportivo, en virtud de esa situación resulta indispensable delimitar el concepto de corrupción en el ámbito deportivo, desde una etapa temprana. Para eso puede ser aplicado el concepto ya indicado: **abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le son aplicables al sujeto.** Ahora bien, resulta indispensable explicar que en el caso de la corrupción deportiva la misma puede darse de dos formas: una corrupción meramente económica o una corrupción eminentemente deportiva, corrupción que afecta directamente la forma en la que los deportes son realizados, manejados o promovidos¹³¹. Ambas formas de corrupción se adaptan perfectamente al concepto *supra* citado y puede conllevar la violación de normas reglamentarias deportivas, así como leyes o reglamentos específicos.

130 Directivos que por lo general son hombres, mayores de 41 años, con formación académica y pertenecientes a una clase social media-alta.

131 BRICKNELL, Samantha. "Corruption in Australian sport". En *Trend & Issues in crime and criminal justice*. Australian Institute of Criminology. No. 490. Febrero de 2015. p. 1.

CAPÍTULO III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Introducción

El presente capítulo tiene por objetivo analizar el desarrollo y evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas a nivel de derecho comparado, su relación con la lucha contra la corrupción y cómo ese tipo de responsabilidad puede ser aplicada a entidades deportivas profesionales. En primer lugar, se abordará la evolución histórica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, desde el derecho romano hasta la actualidad, incluida la lucha internacional contra la corrupción iniciada en los años noventa, la cual ha extendido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho comparado. Esta herramienta ha permitido sancionar a las empresas por diversos delitos que pueden ser englobados dentro del concepto de corrupción mencionado en el capítulo anterior. En segundo lugar, se procederá a analizar los distintos modelos de atribución penal de las personas jurídicas y sus variantes, así como su aplicación práctica en los distintos países. Por último, el estudio de ese tipo de responsabilidad penal resulta indispensable para introducir y posteriormente comprender el tema de *compliance*.

2. Concepto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Tradicionalmente, la responsabilidad penal había sido limitada únicamente a personas físicas, especialmente desde en el derecho continental, bajo los preceptos: *societas delinquere non potest* y *societas puniri non potest*, sin embargo, en las últimas décadas la responsabilidad penal clásica se ha abierto hacia nuevos criterios de imputación, dejando atrás en muchos ordenamientos los preceptos indicados anteriormente. Fundamento eminentemente práctico, dado que la responsabilidad penal de la persona jurídica se ha concebido como una herramienta indispensable en la lucha contra la corrupción (inicialmente pública), propagándose a los delitos económicos y ambientales¹³², motivado por una serie de razones que se analizarán más adelante.

Esa *nueva* responsabilidad penal de entes inanimados ha generado importantes críticas desde la academia¹³³, especialmente por su choque con la teoría del delito clásica; sin embargo, esto no ha

132 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p. 28. Ed.

133 LAUFER, W/STRUDLER, A. "Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability". Rev. American Criminal Law Review. Vol. 37. No. 4. 2000. p. 1285.

frenado que se hayan construido una serie de modelos teóricos de imputación penal de la empresa. Otra importante crítica que ha despertado la responsabilidad penal de la persona jurídica, radica en el hecho de su “importación” al derecho continental desde el derecho anglosajón, por lo cual se hace necesario analizar la evolución que ha sufrido en países como EEUU y Reino Unido para entender mejor el estado actual en el derecho continental¹³⁴. Aspecto que ha sido criticado por la aplicación de preceptos propios de un sistema legal distinto. Por otra parte, para ROTSCH la responsabilidad penal de la persona jurídica es parte de una “hipertrofia” o expansión desmedida que sufre el Derecho penal, mientras que el *compliance* es un ejemplo de un Derecho penal del riesgo¹³⁵.

Ahora bien, la responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco está exenta de críticas en los países anglosajones, por ejemplo en EEUU, LAUFER, de la Universidad de Pensilvania, ha reprochado la forma como es puesta en práctica dicha responsabilidad, concretamente los casos que él llama “*too big for jail*”, cuando se está ante casos de empresas muy importantes en el mercado y que no pueden ser perseguidas penalmente; otro punto criticado por este profesor son los amplios poderes discrecionales que ostentan los fiscales norteamericanos, que les permiten llegar a acuerdos de no persecución penal o persecución diferida olvidándose de las reglas concretas de perseguibilidad penal de las empresas¹³⁶, algo que ha sido considerado por LAUFER como una forma de politizar el procedimiento penal en contra de las empresas¹³⁷. No obstante, a pesar de las diversas críticas suscitadas en torno a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en diferentes sistemas legales, es indudable que dicha responsabilidad es una realidad en la mayoría de estos sistemas y ha demostrado ser una herramienta no solo útil, sino también indispensable para enfrentar la criminalidad contemporánea. En consecuencia, cada vez más Estados integran este tipo de responsabilidad en su normativa.

Es imprescindible, en primer término, definir el concepto de persona jurídica y determinar cuáles de estas pueden ser penalmente responsables. Esto constituye un paso preliminar esencial antes de proceder con una contextualización más detallada sobre la posible responsabilidad penal de las

134 De igual forma para entender mejor el desarrollo de los programas de *compliance*.

135 ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Ed. Marcial Pons. 2022. p. 298.

136 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 5. LAUFER critica a lo largo de su obra la actual puesta en práctica de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema norteamericano.

137 Ibidem. p. 192.

entidades deportivas profesionales. En otras palabras, se abordará inicialmente el concepto general de persona jurídica para luego focalizarse en el ámbito específico que compete a este estudio, es decir, las entidades deportivas susceptibles de responsabilidad penal.

Es importante definir el concepto de persona jurídica, ya que estamos ante una ficción jurídica extrapenal, recordando que la mayoría de los códigos penales (incluido el español) no definen el concepto de persona jurídica¹³⁸. La RAE ha definido persona jurídica como: *aquella organización de personas o de personas y de bienes a la que el derecho reconoce capacidad unitaria para ser sujeto de derechos y obligaciones, como las corporaciones, asociaciones, sociedades y fundaciones*¹³⁹.

Desde una perspectiva de evolución histórica; la idea moderna de personas jurídicas fue concebida en el siglo XIX como una figura del derecho público en primer término con la capacidad de ser un mecanismo para limitar el poder de las monarquías, al concebirse el Estado como una persona jurídica, en el que las personas físicas (agentes públicos) actúan en nombre y función del Estado, pero dichas acciones son la manifestación del Estado¹⁴⁰. Posteriormente los comerciantes que venían agrupándose por medio de gremios, vieron la oportunidad de utilizar personas jurídicas mercantiles como figura legal para actuar en representación de los gremios. Este concepto evolucionó hasta llegar a concebir a las personas jurídicas modernas como ficciones creadas por el ordenamiento jurídico, pero que ostentan capacidad jurídica para ejercer derechos y obligaciones, y con capacidad de obrar en el tráfico jurídico por medio de órganos o representantes¹⁴¹; esta definición abarca tanto personas jurídicas de derecho público como de derecho privado. Bajo este concepto las personas jurídicas cumplen con dos objetivos claros: 1. Unir a varias personas físicas con un objetivo o actividad económica común; 2. Proteger a dichas personas físicas de responsabilidad civil que puede derivarse del actuar de la persona jurídica.

138 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 347.

139 Fuente www.rae.es (consultado por última vez el 19/01/17)

140 LÓPEZ GUERRA, Luis María. “Sobre la personalidad jurídica del estado”. *Rev. de derecho político*. No. 6. 1980. p. 23.

141 Según la teoría de la ficción de Friedrich Karl Von Savigny. Y Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Madrid, España, Ed. Tecnos. 1998. p. 600. Citado en: SÁNCHEZ BERNAL, Javier. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Cuadernos del Tomás. Rev. de Estudios del C.M. Tomás Luis de Victoria*, nº 4, Salamanca, 2012. pp.121-156. ISSN: 1889-5328. pp.124; AYDIN, Devrim. “Are they any suitable sanctions for new forms of corporate offenses?”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 312.

Actualmente, para que una persona jurídica pueda constituirse es necesario, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos occidentales, el establecimiento de un pacto constitutivo y la debida inscripción ante el registro mercantil propio del domicilio social. Lo anterior se considera como el nacimiento de la persona jurídica ya que es el momento en que la persona jurídica empieza a ostentar su personalidad jurídica¹⁴². Aquí es donde se plantea una importante discusión y es respecto al momento en que la persona jurídica estará debidamente formada y tendrá personalidad jurídica, es decir a partir de qué momento puede actuar; ya que, según el ordenamiento aplicable, el momento en que se le otorga personalidad jurídica a la persona jurídica podrá variar. Las repercusiones directas en los casos en que la persona jurídica necesite tener personalidad jurídica plenamente reconocida para ser considerada responsable penalmente¹⁴³. Ante este escenario en algunos ordenamientos podrían quedar excluidas las conductas criminales de estructuras de facto, como *holdings* o conglomerados empresariales, mientras que por otra parte también podrán quedar al margen las empresas que se encuentren en periodo de constitución, como por ejemplo a la espera de la inscripción en el respectivo registro mercantil, trámite que puede durar hasta varios meses en algunos países.

Cada ordenamiento ha establecido su propio concepto de persona jurídica¹⁴⁴. Sin embargo, la mayoría de los ordenamientos comparten una serie de características de lo que consideran personas jurídicas: ostentar capacidad jurídica para efectuar actos válidos y eficaces en derecho, con la aptitud legal para ser sujeto de obligaciones y derechos.

De acuerdo con lo expuesto, países como Alemania, Bélgica, Austria, Holanda, Italia y Portugal contemplan en sus normativas (penales o administrativas) de manera explícita la posibilidad de imputar responsabilidad a entidades sin personalidad jurídica. Dentro de este grupo se deben considerar las asociaciones, sociedades en constitución y las alianzas comerciales para proyectos específicos (conocidas como UTES en España¹⁴⁵, si bien en el código penal español no se establece

142 PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Ed. L'Harmattan. 2003. p. 47. La inscripción de la persona jurídica en el registro - "*L'immatriculation de la personne morale*".

143 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*", en CORCOY, M/MIR, S (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. Cit. p. 347. Tal y como sucede en el art. 31 bis del código penal español.

144 Aunque la mayoría de los ordenamientos hacen referencia a lo establecido por la legislación civil.

145 NIETO, A/GARCÍA, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo",

que puedan responder penalmente, lo cierto es que estas entidades sin personalidad jurídica sí que se les podrán aplicar las consecuencias accesorias según lo indica el art. 129 del código penal español¹⁴⁶).

En los países del *common law* se conocen de forma general a las personas jurídicas como *legal entities* o *corporations*, sin embargo, y tal como sucede en el derecho continental, en el sistema anglosajón existen varias clases de personas jurídicas, entre ellas: *company*; *conglomerations*; *cooperative*; *corporation*; *holding company*; *joint stock*; *general partnership* (la cual no requiere documento escrito constitutivo ni inscripción, únicamente un acuerdo libre y expreso de sus socios); *limited partnership*; *limited liability partnership*; *private limited*; *sole proprietorship*; *nonprofit associations*; *labor unions*; *trust*; *pension funds*; *joint stock companies*; *public entities*; *federal corporations*; *non profit corporations*; entre otras¹⁴⁷. Todas estas cumplen con el mismo objetivo que el de las personas jurídicas reguladas por el derecho continental, agrupar a varias personas físicas en una ficción jurídica, obteniendo esta última existencia legal con capacidad de contratar y contraer obligaciones.

Específicamente, en EEUU, se define a la persona jurídica bajo el concepto de *corporation*: *un cuerpo intelectual, creado por ley, compuesto de individuos bajo un mismo nombre, en donde los miembros se suceden a los antiguos para que el cuerpo continúe siempre a pesar del cambio de individuos que lo componen, y que para ciertos propósitos será considerado como una persona natural*¹⁴⁸. Es decir, puede realizar casi los mismos actos legales que una persona física (contratar, poseer propiedades, hacer y recibir donaciones)¹⁴⁹.

en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 172.

146 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del código penal”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 30; y CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023. pp. 48 y ss.

147 *U.S Code*: Título 26, Subtítulo F, Capítulo 79, Artículo §7701. También: María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. . Ed. Aranzadi. 2016. pp.71. Y DOYLE, Charles. Informe: *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*. Preparado para los Miembros y Comités del Congreso de los Estados Unidos de América. 30 de octubre de 2013. *Congressional Research Service*. pp. 3.

148 *US Civil Code*, artículo 427: “An intellectual body, created by law, composed of individuals united under a common name, the members of which succeed each other, so that the body continues always the same, notwithstanding the change of the individuals which compose it, and which, for certain purposes, is considered as a natural person”.

149 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 45.

Sin importar el ordenamiento, la mayoría de grandes empresas aun cuando cuentan con una estructura similar respecto a los departamentos que tienen (recursos humanos, financiero, auditoría, contabilidad, marketing, ventas, dirección entre otros), lo cierto es que cada empresa funciona de forma distinta y peculiar; Siendo las grandes empresas organizaciones sumamente complejas en donde resulta indispensable la división del trabajo y la delegación de toma de decisiones¹⁵⁰. Son precisamente estas grandes empresas las que mayores riesgos penales tienen en sus actividades y por ende las consecuencias de sus actos pueden llegar a afectar a una gran parte de la sociedad.

Empero, no debe olvidarse que la gran mayoría de empresas son Pymes, y gran parte son personas jurídicas familiares, o empresas unipersonales en las que el propietario constituye una persona jurídica con el objetivo de separar su patrimonio del de su negocio. De igual forma no se puede pasar por alto el fraude de la ley de las personas jurídicas pantalla, ampliamente utilizadas en el ámbito de la delincuencia, especialmente la económica. Como se analizará más adelante, parte de la discusión se ha inclinado a considerar que los casos de delitos cometidos por empresas unipersonales o familiares no debe necesariamente plantearse la responsabilidad penal de la persona jurídica. Al igual que en el Derecho penal individual a las personas físicas se les requiere tener una edad determinada para ser penalmente responsables por sus hechos delictivos (elemento propio de la culpabilidad), la empresa debería de ostentar una capacidad organizativa mínimamente compleja desde el punto de vista de la teoría de los sistemas, la cual se adquiere una vez que se ha superado la capacidad organizativa individual (capacidad de culpabilidad penal empresarial)¹⁵¹.

150 Esto ha llevado a una tendencia a las empresas en sobrecargar con poderes los mandos medios lo cual puede tener graves consecuencias si no se cuentan con las adecuadas medidas de control. Sobre esto: LAUFER, William S. "Corporate prosecution, cooperation and trading of favors". Iowa Law Review. Vol. 87. No. 2. Enero 2002. p. 658.

151 Para llegar a una complejidad mínima dentro de la empresa, de acuerdo con la teoría de los sistemas, debe desarrollarse una acumulación de círculos autorreferenciales, estos círculos están compuestos por cuatro elementos: 1. Límites del sistema, 2. Estructura del sistema (programas de decisiones), 3. Elementos del sistema (las decisiones) y 4. Identidad del sistema o identidad corporativa; una vez que esos cuatro elementos adquieren un desarrollo suficiente la acumulación de círculos autorreferenciales pasarán a formar un actor corporativo (*corporate actor*) y es en este momento cuando la persona jurídica habrá desarrollado una complejidad interna suficiente para ejercitar su capacidad de organización (equivalente a la capacidad de actuar en las personas físicas) y por lo tanto cuando debería responder penalmente. Sobre esto: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Dir.) *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 116, 119-120; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 242-244 y 246; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica". Rev. electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 8. 2006. pp.19; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed. IB de F. 2010. p. 97. Quien afirma que al igual que las personas físicas alcanzan capacidad de acción con los años, desde el punto de vista penal las personas jurídicas adquieren capacidad de organización cuando alcancen un tamaño determinado.

Retomando el proceso de “vida” de las personas jurídicas, estas, al igual que las personas físicas, puede llegar a “morir”, ya sea por absorción por otra empresa (fusiones), por liquidación por acuerdo de sus socios, por encontrarse en quiebra legal una vez finalizado el proceso de concurso que lleve a su liquidación definitiva, debido a que el objeto social haya sido alcanzado o por que se vuelva imposible de alcanzar, entre otros. Esos casos plantean un importante problema en caso de que se instaure un proceso penal contra la empresa en proceso de liquidación o que se encuentre en proceso de liquidación, situaciones que desde el punto de vista penal representan un reto. Debido a esa situación algunos ordenamientos han regulado los posibles escenarios de responsabilidad penal de la persona jurídica en casos de liquidación, absorción o fusión de empresas¹⁵².

La responsabilidad penal de la persona jurídica **como herramienta en la lucha contra la corrupción**. Es importante señalar que la responsabilidad penal de la persona jurídica nació como herramienta en contra de la corrupción, en primer lugar, en contra de la corrupción pública. Sin embargo, la responsabilidad penal de la persona jurídica también ha sido considerada una herramienta idónea para castigar todos los delitos relacionados con el concepto amplio de corrupción establecido en el primer capítulo de este trabajo, incluyendo pagos ilícitos, carteles o negociaciones que distorsionan el mercado realizadas entre empresas o particulares¹⁵³, o mediante cualquier forma de delincuencia económica con el objetivo de lograr un beneficio y que afecta a terceros. A la luz de lo expuesto, se puede afirmar que un foco significativo del problema de la corrupción reside en el sector privado, compuesto por empresas de cualquier tamaño, incluidas las empresas pantalla, que operan mediante personas jurídicas. Además, se observa una tendencia creciente en la utilización de personas jurídicas para la comisión de delitos económicos.

152 El artículo 3 de la ley 9699 de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos regula de Costa Rica, regula las Vicisitudes de la persona jurídica: “Cuando la persona jurídica presuntamente responsable por las conductas descritas en el artículo 1 de la presente ley, se absorba, transforme, adquiera, fusione o escinda, luego de ocurridos los hechos generadores de responsabilidad, se seguirán las siguientes reglas: a) Si se extinguiere por efecto de una absorción, transformación, adquisición o fusión, la persona jurídica absorbente o nueva será objeto del procedimiento de responsabilidad que regula la presente ley y se hará acreedora de las consecuencias que se deriven de b) Si se escinde, todas las personas jurídicas que hayan participado en el proceso de escisión, bien como escindentes o beneficiarias, estarán sujetas al proceso y a las sanciones de la presente ley. En caso de que ocurra una disolución aparente, cuando la persona jurídica continúa su actividad económica a través de otra nueva, pero mantiene la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, continúa teniendo la responsabilidad penal de la persona jurídica disuelta.

153 SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. pp. 8-9. La corrupción entre particulares no es una práctica nueva, ya desde los años 1920's la *Federal Trade Commission* de los Estados Unidos afirmaba que la corrupción entre particulares era una práctica habitual en muchas industrias.

La corrupción conlleva la posibilidad de conseguir beneficios muy altos con un riesgo muy bajo de que sean descubiertos y menor aun de que sean sancionados. Tal y como indica ORTIZ DE URBINA, pocas causas de corrupción son descubiertas, mucho menos las que son juzgadas y aun menor es el número que llegan a condenas penales¹⁵⁴. Lo anterior influenciado en que faltan mecanismos de control lo que impide que los hechos sean descubiertos¹⁵⁵.

Ante este complejo escenario que plantea la corrupción, ha sido necesaria la utilización del arma más punitiva con la que cuenta el Estado para combatirla, es decir, la intromisión del Derecho penal. Adicionalmente, la implementación de una perspectiva preventiva, el uso de los modelos de autorregulación regulada, concretamente mediante el *compliance*. Como consecuencia de este aumento punitivo se ha desencadenado una clara expansión del Derecho penal como respuesta al fenómeno de la corrupción, lo que a su vez ha producido un aumento de las conductas perseguidas, especialmente respecto a los delitos económicos, así como un aumento de las penas aplicables¹⁵⁶.

Además de lo mencionado anteriormente, y como un factor que no puede ignorarse, las grandes causas penales de corrupción y delitos económicos son los casos que actualmente reciben mayor atención por parte de los medios de comunicación. Para la empresa esto se traduce en una afectación al precio de sus acciones y a su posicionamiento en el mercado.

Ahora bien, la eficacia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido un tema que durante varias décadas ha generado discusión. Ya en 1949 SUTHERLAND dejó en evidencia un problema serio de criminalidad en las empresas norteamericanas, para ese entonces, el 60% de las 70 empresas privadas más grandes de Estados Unidos habían sido condenadas por lo menos en cuatro ocasiones por tribunales penales, lo que las haría entrar si fueran personas físicas en la

154 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Política criminal contra la corrupción. Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”. En CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 398. (que mejor ejemplo que la grave crisis económica de 2008 que fue ocasionada por graves delitos financieros y de la que no existen importantes condenas penales contra personas físicas, aunque si importantes multas económicas a varios bancos.

155 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Política criminal contra la corrupción. Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 398. (que mejor ejemplo que la grave crisis económica de 2008 que fue ocasionada por graves delitos financieros y de la que no existen importantes condenas penales contra personas físicas, aunque si importantes multas económicas a varios bancos. Sobre esto último: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 13. Quien pone de manifiesto mediante cifras económicas la gravedad de la crisis económica de 2008 y la necesidad de plantear responsabilidades de carácter individual por hechos similares.

156 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Política criminal contra la corrupción. Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”. En CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. pp. 385-386.

categoría de delincuentes habituales (*habitual criminals*)¹⁵⁷, y pensando en otro escenario ficticio, bajo la famosa ley de *three-sticks* de 1995 ese 60% de las empresas estarían condenadas a cadena perpetua si fuesen personas físicas (*life sentence*)¹⁵⁸.

Todo lo anterior nos lleva a ubicar el origen de la lucha moderna contra la corrupción y el despegue de la persecución penal de la empresa, en los años sesenta, tan solo unas décadas después de que SUTHERLAND proyectará esos datos, la antigua Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) emitió un listado de 100 empresas estadounidenses que habían logrado contratos en el extranjero por medio de pago de sobornos, esa noticia sumada al escándalo de *Watergate* en los 70s, tuvieron como resultado investigaciones a importantes empresas norteamericanas. Los resultados de esas investigaciones arrojaron datos alarmantes: 400 empresas, de las cuales 117 integraban la famosa lista *Fortune 500* (las 500 empresas más grandes del mundo), reconocieron haber realizado pagos irregulares a funcionarios públicos extranjeros por un monto superior a los 300 millones de dólares americanos¹⁵⁹.

Esos hechos cambiaron para siempre el modelo de lucha contra la corrupción en EEUU (razón por la que se cita como su nacimiento moderno de la lucha contra la corrupción), marcando el inicio de un sistema con amplias potestades que incluso llegó a cambiar el famoso y clásico principio de libertad de empresa bajo el que la empresa podía regularse como quisiera. Sin embargo, en la presidencia de Bill Clinton (1993-2001) el gobierno norteamericano se percató de que los lugares que antes eran ocupados por empresas estadounidenses, en mercados especialmente del tercer mundo gracias a que pagaban sobornos, habían sido ocupados por empresas de otros países que también pagaban sobornos (empresas francesas, alemanas, británicas, canadienses y otras.). Lo anterior tuvo como consecuencia que el presidente Clinton impulsará una campaña internacional contra la corrupción¹⁶⁰.

157 SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. pp. 13-25 y 73.

158 Ley de *three-sticks* de 1995 establece que la persona que haya sido condenado tres veces por delitos como condena por el tercer delito recibirá la cadena perpetua sin importar la gravedad de ese delito, ya que se analiza en contexto la peligrosidad del sujeto y de los tres delitos cometidos aun cuando ya haya cumplido sentencia por lo otros dos delitos. Sobre esto: HUSAK, Douglas. *Sobre criminalización. Los Límites del Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 61.

159 DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (compliance programs)”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 537.

160 Como efecto de dicha campaña se pueden nombrar las distintas convenciones internacionales que Estados Unidos ha promocionado y han sido implementadas por una gran cantidad de Estados para atacar las distintas manifestaciones de la corrupción: 1. Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción que entró en vigor en 2005, 2. Convenio de Lucha Contra la Corrupción

Por otra parte, las autoridades internacionales se percataron de que sin la participación activa de las empresas privadas era imposible realizar una adecuada lucha en contra de la corrupción. Ello ha justificado que la empresa tenga la obligación de regularse de forma interna y sobre todo controlar lo que sus colaboradores realizan, especialmente, si se toma en cuenta el principio indicado por SUTHERLAND relativo a que los grupos de personas aumenta la posibilidad de que las mismas delincan, ya que si bien dichas personas de forma aislada y sin pertenecer a ningún grupo o corporación difícilmente cometerían delitos¹⁶¹. Ciertamente sí se está ante un ambiente carente de una adecuada cultura ética sí podría el entorno afectar negativamente al sujeto, pero en caso de que existiera una adecuada cultura ética el factor criminógeno de grupo perdería relevancia.

La autorregulación corporativa le otorgó un nuevo rol a la empresa, como una forma de disciplina interna de la empresa¹⁶². La cual se presenta como respuesta a la incapacidad del Estado de hacer frente a controlar a todas las empresas¹⁶³; sin embargo, esa autorregulación no será completamente libre, ya que se ha desarrollado lo que se conoce como autorregulación regulada, en donde el Estado actúa como un control de controles¹⁶⁴. En virtud de lo anterior, los programas de *compliance* o cumplimiento son la forma de regulación de la empresa¹⁶⁵.

de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales que entró en vigor en 1999, 3. La Convención Interamericana Contra la Corrupción de 1997, 4. La Convención de la Unión Africana para Prevenir la Corrupción, de 2003, 5. El Convenio Penal Sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 1998, 6. El Convenio Relativo a la Lucha Contra los Actos de Corrupción en los que estén Implicados Funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la Unión Europea de 1997 y 7. Convenio de Lucha Contra la Corrupción de la OCDE. La Convención de Naciones Unidas aparte de buscar prevenir y castigar la corrupción, tiene dentro de sus objetivos la posibilidad de que los países puedan recuperar los activos pagados por sobornos (*asset recovery*). Sobre esto HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 107; VLASSIS, Dimitri. “An anticorruption ethics and compliance program for business: a practical guide”, en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. (coordinadores). *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 279.

161 SUTHERLAND, Edwin. “White Collar Criminality”. *American Sociological Review*. Vol. 5. Número 1. febrero 1940. p. 11. ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 47; Y NIETO MARTÍN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/MAROTO, M (Dir.). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 21.

162 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 55 y 57; y NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. 2008. p. 81.

163 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica”. *Rev. electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. No. 8. 2006. pp. 05:17; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed. IB de F. 2010. p. 42. .

164 HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Dir.). *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 30.

165 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 342.

Ahora bien, la autorregulación regulada está compuesta por dos elementos. La autorregulación, que son los límites que se pone la propia empresa como conocedora de sus propios riesgos y cómo enfrentarlos; mientras que la referencia a “regulada” obedece al poder de control de los Estados sobre las empresas, es decir la fiscalización del Estado sobre la potestad de libre de autorregulación, para lo cual se ha establecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas como herramienta para castigar a las empresas en caso de que exista un delito derivado de una inadecuada autorregulación empresarial.

Sin embargo, en la práctica la lucha contra la corrupción y los grandes escándalos de corrupción¹⁶⁶, han sido la principal justificación utilizada para la implementación de responsabilidad penal de personas jurídicas en muchos sistemas. En virtud de lo anterior, el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la corrupción debería ir de la mano. Sin embargo, algunos países que han endurecido la legislación anticorrupción y en los que los programas de *compliance* tienen bastante auge, no han optado por penalizar penalmente a la persona jurídica.

Tal vez el país que más destaca respecto al no castigo penal de las personas jurídicas es Alemania, que pese a los grandes casos de corrupción empresarial (empresas como Deutsche Telekom, MAN, Siemens, *Volkswagen/Audi* se han visto envueltas en escándalos de delincuencia económica) no ha introducido la responsabilidad penal de las personas jurídicas en su ordenamiento¹⁶⁷. Debe recordarse que hasta entrados los años 90 se permitía a las empresas alemanas, deducir de la declaración de impuestos como un gasto comercial los sobornos pagados en el extranjero¹⁶⁸.

Ante este escenario de corrupción, en Alemania, desde el punto de vista penal, se ha optado por utilizar las figuras legales ya mencionadas para perseguir a las personas físicas por los delitos,

166 Por ejemplo: Guatemala únicamente la incluye para delitos de corrupción (pública), Brasil y Chile tienen un catálogo definido de delitos en los que responde la persona jurídica más allá de solo los delitos de corrupción, al igual que en otros ordenamientos como los europeos. En Chile se ha ido ampliando el catálogo de delitos originalmente eran: soborno a funcionarios públicos nacionales y extranjeros, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, receptación, en noviembre de 2018 se incluyeron: corrupción entre particulares, negociación incompatible, administración desleal y apropiación indebida, y en enero de 2019: contaminación de aguas, delito de veda de productos, pesca ilegal y procesamiento, almacenamiento de productos escasos sin acreditar origen legal. El mejor ejemplo sobre cómo ha influenciado la lucha contra la corrupción la adopción de la responsabilidad penal de la persona jurídica es el caso español en donde el legislador justificó la intervención penal en los instrumentos comunitarios que así lo exigían. Pese a que ninguno exigía el uso del Derecho penal.

167 KUHLEN, Lothar. “Compliance y Derecho Penal en Alemania”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. Artículo: 2014. pp. 93-94.

168 Ibidem. p. 97; NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.) *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 192.

utilizando especialmente el delito fiscal para el caso de pago de sobornos y el de administración desleal cuando existan cajas negras destinadas al pago de sobornos. Lo anterior, junto a la famosa sentencia del caso *Lederspray* en el Tribunal Federal Alemán, en que se acepta la responsabilidad penal individual de los miembros de los órganos de administración de las empresas¹⁶⁹, parecen ser las herramientas por las que el legislador alemán considera innecesario la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, una importante parte de la doctrina alemana ha destacado su necesidad y recientemente ha aparecido proyectos de ley encaminados a regularla¹⁷⁰.

Si bien Alemania no cuenta con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que célebres autores alemanes, como ROXIN aseguraron que la principal característica del Derecho penal durante el siglo XXI a nivel mundial será la penalización de personas jurídicas¹⁷¹. Adicionalmente, otros autores han afirmado que el Derecho penal económico está principalmente compuesto por el Derecho penal de empresa, pero para que ese tenga sentido, debe castigarse tanto a las empresas como a las personas jurídicas¹⁷².

Si bien, en Alemania no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas las empresas no están exentas de un eventual castigo, ya que el derecho administrativo sancionador (contravencional) establece la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por delitos cometidos en su beneficio¹⁷³. Es posible afirmar que no todos los países se han decantado por elegir un sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica, en virtud de lo anterior, es necesario analizar el uso del derecho administrativo y del Derecho penal para sancionar a la empresa.

En ese sentido debe plantearse la interrogante de ¿Sanción penal o administrativa para la persona jurídica? La política criminal internacional busca reprimir a la persona jurídica por

169 Ibidem.

170 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p. 30.

171 ROXIN, Claus. *El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. Ed. Idemsa. 1998. pp. 461-463.

172 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. p. 136.

173 Lo cual para algunos autores permite una flexibilidad en la aplicación de criterios dogmáticos ya que debe recordarse que el derecho contravencional puede castigar la infracción de normas ético-sociales sin ser ilegal. ROEF, David. "Corporate Criminal Liability. 2016. pp. 300-301; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. La culpabilidad penal de la empresa", en KEILER, J/ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. Ed. Marcial Pons. 2016. p. 90.

delitos cometidos en su representación, sin embargo, esta política internacional suele dejar un grado de discrecionalidad sobre la herramienta represiva a utilizar. Cabe recordar que el *ius puniendi* del Estado se manifiesta por medio dos herramientas: el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal¹⁷⁴. El injusto en ambos ordenamientos está decidido por un carácter cuantitativo, es decir el Derecho administrativo está diseñado para sancionar conductas menos graves, mientras que el Derecho penal se reserva para las conductas más graves¹⁷⁵. Pese a esa diferenciación, existen conductas que, por el bien jurídico afectado, serán exclusivamente penales (como delitos contra la vida o contra la integridad sexual) mientras que afectaciones de carácter ético o en contra del trato social, serán infracciones administrativas. Es decir, la diferenciación obedece a un aspecto de nivel de afectación al bien jurídico¹⁷⁶, que no deja de ser una clasificación subjetiva¹⁷⁷.

Concretamente en el tema de responsabilidad legal de las personas jurídicas por hechos delictivos, se han establecido varios objetivos que ese tipo de responsabilidad debe cumplir: 1. Proteger la integridad económica y de los mercados; 2. Proteger a los consumidores, a los inversores y a las empresas de ventajas competitivas contrarias a la ley; 3. Prevenir las violaciones al medio ambiente; y 4. Desalentar conductas contrarias a la ley con coste para el interés público (corrupción pública)¹⁷⁸. Objetivos que pareciera que ambas ramas jurídicas (administrativa y penal) pueden tratar de cumplir.

En la práctica, es factible emplear tanto el Derecho administrativo como el Derecho penal para sancionar a las empresas por actos delictivos. Ordenamientos como el alemán, el italiano, aunque este último podría considerarse penal en la práctica debido a su discusión en la sede penal, utilizan el Derecho administrativo sancionador. En contraste, Suecia emplea predominantemente el Derecho administrativo sancionador. Por su parte, Francia, España y los países anglosajones, entre

174 El Dr. LASCURAÍN SÁNCHEZ, describe el derecho administrador como disparar flechas o balas, y al derecho penal como disparar un cañón, conducta claramente más peligrosa que la primera, siendo que las reglas, garantías y principios de disparar un cañón deben ser más estrictos que los de disparar una flecha o bala. Sobre esto: LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021. pp. 120-121

175 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 27 y 201.

176 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Edición 2011. Ed.es Edisofer e IB de F. 2011. p. 135.

177 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p. 92.

178 *US Attorneys Manual (USAM) 9-28-010*: "(1) protecting the integrity of our economic and capital markets by enforcing the rule of law; (2) protecting consumers, investors, and business entities against competitors who gain unfair advantage by violating the law; (3) preventing violations of environmental laws; and (4) discouraging business practices that would permit or promote unlawful conduct at the expense of the public interest".

otros, han optado por el uso del Derecho penal para sancionar a las personas jurídicas. No obstante, en la práctica, las consecuencias legales para las empresas resultan ser muy similares, si no idénticas, en ambos procedimientos.

Cada Estado es libre de seleccionar la rama jurídica a emplear para sancionar a las personas jurídicas, ya que no existen obligaciones de carácter internacional o comunitarios que obliguen a un país a aplicar una rama jurídica concreta para sancionar a las empresas por los hechos delictivos. Pese a esto existen una serie de cuestiones que el legislador debe analizar previo a seleccionar entre las dos ramas del derecho mencionadas, entre las que destacan: 1. probabilidad de imposición de la sanción, las sanciones administrativas son mucho más probables de que se lleguen a imponer que las sanciones penales (existen menos requisitos imputación subjetiva); 2. gravedad de la sanción: ambas presentan esencialmente las mismas consecuencias, pues la empresa no puede entrar en la cárcel la pena más grave aplicable; 3. en el procedimiento y la rapidez de la imposición: el Derecho Administrativo suele ser más rápido, es decir la sanción se impone en menor tiempo. Sin embargo, este último aspecto no siempre se cumple, ya que, en algunos casos, especialmente relacionados a hechos delictivos, será necesario primero contar con una sentencia condenatoria penal firme en contra de la persona física para poder iniciar el proceso administrativo en contra de la empresa¹⁷⁹.

En principio pareciera que existen más elementos a favor de que la sanción sea de carácter administrativo y podría pensarse que la razón por la que el legislador se decidió por una sanción penal es debido a que el colectivo social percibe al Derecho penal como la versión más coercitiva del *Ius Puniendi* del Estado, una justificación que podría considerarse propia del populismo punitivo. La sanción penal tiene un componente de coercibilidad mayor que ninguna otra rama del derecho puede igualar. La sanción penal tiene una connotación social de ser más grave o ser una mayor amenaza coercitiva¹⁸⁰, las llamadas penas de banquillo que únicamente en el Derecho penal llegan a tener repercusiones extrapenales graves, más graves que la misma pena en algunos casos

179 Por ejemplo, desde el año 2004 y hasta el 10 de junio de 2019 Costa Rica contó con una sanción administrativa en contra de las personas jurídicas por delitos de corrupción cometidos por sus empleados, sin embargo, dicha sanción nunca fue aplicada debido a la necesidad de contar con sentencias penales condenatorias firmes en contra de personas físicas. Desde el 11 de junio de 2019 Costa Rica cuenta con responsabilidad penal de las personas jurídicas.

180 SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983. p. 54; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 38.

(caso Arthur Anderson/Enron), especialmente cuando se utilizan *black list* como lo hace el Departamento de Justicia de Estados Unidos o el Banco Mundial¹⁸¹.

Otra razón, posiblemente la más convincente, para optar por la responsabilidad penal de las personas jurídicas en lugar de la administrativa radica en una cuestión práctica, específicamente en argumentos procedimentales: en primer lugar, desde una perspectiva lógica, si se están analizando delitos, lo correcto sería seleccionar el proceso penal; en segundo lugar, se trata de un asunto de economía procesal y de evitar la dualidad de procesos; en tercer lugar, es importante prevenir decisiones judiciales contradictorias ante hechos idénticos o similares; y, en cuarto lugar, el proceso penal suele ser más garantista y permite un mayor margen de defensa para la persona jurídica en comparación con el proceso administrativo sancionador.

Siguiendo a otros autores, se considera que la selección del Derecho penal en lugar del derecho administrativo o incluso civil tiene que ver con las sanciones intervencionistas que se aplican a la persona jurídica y las cuales solo serán legales desde el punto de vista del Derecho penal¹⁸², sin embargo, este tipo de sanción de carácter intervencionista podría ser impuestas tanto en sede penal como en sede administrativa sin mayor problema de legalidad o incluso constitucionalidad¹⁸³. Mientras que otros autores consideran que se está en la presencia de un fraude de etiquetas ya que la sanción a la empresa tiene una naturaleza meramente administrativa aun cuando sea aplicada por el juez penal¹⁸⁴.

Es importante establecer que la crisis económica, que todavía afecta a muchos países, tuvo su punto de partida en prácticas poco éticas y en algunos casos delictivas (corruptas de acuerdo con la definición del Capítulo I) dentro de distintas empresas y bancos. Esa crisis también dejó en

181 World Bank Listing of Ineligible Firms & Individuals: <http://web.worldbank.org/external/default/main?contentMDK=64069844&menuPK=116730&pagePK=64148989&piPK=64148984&querycontentMDK=64069700&theSitePK=84266>

182 O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p. 154.

183 El artículo 44 bis de la Ley Contra la Corrupción el Enriquecimiento Ilícito en la Función Pública de la República Costa Rica (ley no. 8422), establece sanciones administrativas a personas jurídicas en caso de comisión de delitos de cohecho, estas sanciones pueden ser: multa, cláusula de la empresa o locales, suspensión de actividades de la empresa, cancelación de concesiones, pérdida de beneficios fiscales. Mientras que el Decreto Legislativo 231 italiano establece sanciones de carácter administrativo como pueden ser: sanción pecuniaria, sanciones con carácter interventor de la empresa, (*sanzioni interdittive*), la confiscación y la publicación de la sentencia. En ambos casos se asemejan a las sanciones impuestas en el Código Penal español, únicamente faltando la disolución de la persona jurídica en los ordenamientos administrativos señalados.

184 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, JUAN MARÍA. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p. 87.

evidencia que los esfuerzos realizados para combatir la corrupción y el fraude no estaban cumpliendo con su función, la libertad empresarial para autorregularse en ciertos países no estaba siendo suficiente; es decir, el sistema estaba en crisis, las prácticas de buen gobierno corporativo debían de pasar de ser un mero requerimiento voluntario para las empresas a uno exigido por mandato de ley¹⁸⁵, todo lo anterior puede traducirse como la puesta en práctica definitiva del Derecho penal como herramienta de mayor represión estatal frente a la empresa.

Para autores como PIETH, el Derecho penal ha demostrado ser una excelente herramienta en la lucha contra la corrupción mediante la persecución tanto de personas físicas como jurídicas, además de que ha tenido un importante efecto preventivo con la promoción de los programas de *compliance*¹⁸⁶. Asimismo, según un estudio del *Max Planck Institute für Ausländisches und internationales Strafrecht* (Instituto Max Planck de Derecho penal Extranjero e Internacional)¹⁸⁷, las sanciones de carácter penal (tanto penas de cárcel como multas para personas físicas y personas jurídicas) tienen un efecto disuasorio mayor que las sanciones administrativas a lo interno de las empresas¹⁸⁸. Es por estas razones que el Derecho penal se vislumbra como la rama más adecuada para regular y aplicar la responsabilidad legal a las empresas por delitos cometidos en su seno. De igual forma desde un punto de vista meramente lógico, si estamos ante ilícitos penales lo lógico es que sea el Derecho penal quien analice la responsabilidad por dichos hechos.

3. Necesidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una herramienta que ha despertado el interés de los Estados, motivado principalmente en el daño que pueden llegar a ocasionar los delitos corporativos y la dificultad de responsabilizar a personas físicas en estructuras empresariales sumamente complejas. Sin embargo, para algunos autores lo anterior puede tener consecuencias

185 BLUMBERG, A.D/GARCÍA, B. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 274.

186 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 199.

187 Desde el año 2019 el instituto paso a llamarse: *Max Planck Institute Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht* (Instituto Max Planck Para el Estudio del Crimen, la Seguridad y la Ley)

188 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. pp. 162-163, 178-179, 186-187.

negativas, ya sea impunidad de las personas físicas que cometen los hechos delictivos o, al contrario, que se sancione a los llamados “chivos expiatorios”¹⁸⁹.

En un primer término el derecho anglosajón con su carácter pragmático no tuvo mayor problema en concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica (EEUU, Irlanda, Gran Bretaña, Australia), que está arraigada dentro de los sistemas legales de esos Estados. Sin embargo, para los países con una tradición europea continental, la situación de la responsabilidad penal de la persona jurídica plantea serias discusiones. Por ejemplo, ni los alemanes ni los italianos castigan penalmente a la persona jurídica¹⁹⁰, vale la pena hacer la salvedad que la responsabilidad penal italiana si bien es administrativa, se discute en el proceso penal.

En el resto de Europa países con un modelo continental de derecho han introducido en sus ordenamientos la responsabilidad penal de la empresa, como: Albania, Armenia, Austria, Azerbaiyán, Bélgica, Bosnia y Herzegovina, Chipre, Croacia, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Finlandia, Francia, Georgia, Hungría, Lituania, Luxemburgo, Malta, Países Bajos, Portugal, República Checa, Rumania, Finlandia, Noruega, Islandia, Liechtenstein, Macedonia del Norte, Montenegro, Mónaco, Moldavia, San Marino, Serbia, Suiza, Ucrania¹⁹¹. También son varios los países latinoamericanos que se han decantado por dicha responsabilidad, como Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Perú, República Dominicana¹⁹². Adicionalmente otros países con tradiciones jurídicas distintas también prevén la responsabilidad penal de la persona jurídica como: Arabia Saudí, Camboya, China, Corea del Sur,

189 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 39. En algunos casos estos chivos expiatorios reciben un “premio” por parte de la empresa al declarar su culpabilidad y librar a la cúpula de directivos y a la propia empresa de cualquier sanción.

190 Código penal alemán en su artículo §14 establece la responsabilidad penal para la persona física que esté autorizado para poder actuar en nombre de la PJ y Decreto administrativo italiano 231/2001.

191 Código penal francés artículo 121-2 establece que: “*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement*”.

192 Sobre esto: GÓMEZ, V/VALIENTE, V. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 129; TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. p. 97; Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997; HEINE, Gunter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. pp. 22; Fudan Law Journal, No. 4, 2009; TOLVANEN, Matti. *Trust, Business Ethics and Crime Prevention. Corporate Criminal Liability in Finland*. pp.2; GÓMEZ-JARA, C/HEINE, G/LAUFER, W/STRUDLER, A. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 22; HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 166-167; sobre China: LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p. 141.

Emiratos Árabes Unidos, Hong Kong, India, Indonesia, Israel, Japón, Laos, Líbano, Malasia, Nueva Zelanda, Papúa Nueva Guinea, Pakistán, Qatar, Singapur, Tailandia, Taiwán, Vietnam¹⁹³.

Curiosamente algunas de las principales teorías de la responsabilidad penal de la persona jurídica de aplicación en el derecho continental, provienen de Alemania¹⁹⁴, país donde todavía no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica¹⁹⁵. Pero también las principales críticas desde la teoría del delito clásica provienen de Alemania. Destacan como críticas: las corporaciones no tienen la capacidad de ejecutar acciones (desde el punto de vista de la acción penal – conducta humana-) ya que carecen de voluntad propia e independiente¹⁹⁶, por lo que tampoco tienen capacidad de culpabilidad ni capacidad punitiva ya que estas están reservadas únicamente para las personas físicas, esto es el punto de vista de las escuelas doctrinales más tradicionales¹⁹⁷, como los finalistas¹⁹⁸.

Si bien en Alemania no existe la responsabilidad penal de la persona jurídica, se deben identificar dos situaciones: se persiguen penalmente con bastante dureza a las personas físicas que cometan

193 Sobre esto: “Responsabilidad de las personas jurídicas en Asia del Oeste”. Despacho Molins Defensa Penal. 03 de febrero de 2023. Se puede consultar en: <https://www.molins.eu/responsabilidad-de-las-personas-juridicas-en-asia-del-oeste/>; “Responsabilidad de las personas jurídicas en Asia Oriental y Oceanía”, Despacho Molins Defensa Penal. 27 de enero de 2023. Se puede consultar en: <https://www.molins.eu/responsabilidad-de-las-personas-juridicas-en-asia-oriental-y-oceania/> <https://www.molins.eu/responsabilidad-de-las-personas-juridicas-en-asia-del-oeste/>. (Consultado por última vez 28/01/2024).

194 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica”. Rev. electrónica de Ciencia Penal y Criminología. No. 8. 2006. pp.05:2. Otros países que mantienen responsabilidad administrativa para las personas jurídicas son: Andorra, Bangladesh, Bulgaria, Filipinas, Grecia, Italia, Kazajistán, Letonia, Polonia, Suecia, Sri Lanka y Turquía,

195 La responsabilidad por hechos delictivos de personas jurídicas se encuentra regulado en el derecho administrativo sancionador por medio de la ley de contravenciones del orden §30. Sobre esto: HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p.171; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. pp. 102-110. Sin embargo, existe actualmente una importante discusión en Alemania para cambiar la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por responsabilidad penal. tal y como lo indico el Prof. Dr. Luis Greco el 10 de enero de 2019 en la segunda sesión del Postgrado en Derecho Penal Económico de la Universidad de Castilla-La Mancha, Toledo, España. Sesión titulada “Estado actual de la teoría del delito y derecho penal económico en perspectiva comparada”.

196 GALLEGU, J.I./MODOLELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. pp. 16-17; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. pp. 71; ROJAS SALAS, Manuel. “Ley 9699 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿modernidad o retroceso?”. Rev. Digital de Ciencias Penales de Costa Rica, número 1 (32) (13). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Año 1. RDGP-UCR. 2021. p. 204; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español”, en BAJO, M. FEIJOO, B. GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 27.

197 GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Valladolid, España. Ed. Lex Nova. 2010. p. 16.

198 PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. 2014. p. 20; y GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova. 2010. p. 16.

hechos delictivos dentro de estructuras empresariales, esto sumado a la aplicación de un sistema en que las empresas se encuentran muy bien reguladas bajo un modelo sumamente avanzado de Derecho administrativo¹⁹⁹, y, adicionalmente, actualmente existe una propuesta de ley para regular la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Lo anterior ha llevado a algunos autores a afirmar que, si se diera un uso adecuado de todas las categorías dogmáticas existentes para exigir responsabilidades penales individuales, no sería necesario plantear salidas político-criminales que modifiquen la estructura tradicional del Derecho penal, como lo es la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁰⁰. Sin embargo, desde el punto de vista práctico y concretamente de la investigación criminal existen importantes limitaciones para poder obtener pruebas que permitan probar la concurrencia de dichas categorías dogmáticas.

Retomando el análisis desde la teoría del delito y desde la visión más clásica del Derecho penal, la responsabilidad penal ha estado asociada únicamente a las personas físicas, en tanto son esas las únicas que pueden realizar desde el punto de vista de la teoría del delito clásica, acciones manifestadas en el mundo exterior por medio de comportamientos humanos (acciones u omisiones), estas acciones completan además procesos causales en donde se pueda demostrar la verdadera afectación al bien jurídico, además sus acciones son las únicas capaces de cumplir con los elementos subjetivos que requieren los tipos penales²⁰¹. Lo anterior sumado al principio *societas non delinquere potest*, establecido por el Papa Inocencio IV para prevenir la excomunión de las corporaciones, ciudades y entidades por los actos cometidos por uno de sus miembros²⁰², tuvo como consecuencia que no se pensara en la viabilidad de imputar penalmente a una PJ (al menos en ordenamientos no anglosajones).

199 IULIA POP, Anca. *Criminal liability of corporations – comparative jurisprudence*. Michigan State University College of Law. 2006. pp.6 y 13; KUHLEN, Lothar. “Compliance y Derecho Penal en Alemania”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 99. La legislación administrativa alemana permite las multas a las empresas en caso de delitos o contravenciones. En el caso de Siemens esto significó una multa de 201 millones de Euros.

200 GALLEGU, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 69.

201 Rev. electrónica de ciencia penal y criminología. No. 6. 2004. ISSN-e 1695-0194. MIR PUIG, Santiago. *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. pp.01:8. En un trabajo más reciente el Dr. Mir Puig establece para el caso específico del modelo vicarial que no es necesario construir un nuevo modelo de culpabilidad para las personas jurídicas, ya que no se impone penas por delitos cometidos por la persona jurídica, sino que se hace responder a estas por delitos cometidos por personas físicas. MIR PUIG, Santiago. “Las nuevas “penas” para personas jurídicas: Una clase de “pena” sin culpabilidad “, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. . 2014. p. 5.

202 BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 1.

Resulta importante recordar que la teoría del delito fue construida alrededor del comportamiento humano y desarrollada específicamente desde el ejemplo de la conducta de: A mata a B. A raíz de esa concepción clásica y lo complejas que se han tornado algunas conductas humanas, se ha generado una importante discusión respecto a si la teoría del delito puede encuadrarse en esas conductas delictivas cada vez más complejas. Esa discusión ha sido muy importante especialmente en el ámbito de la criminalidad económica que ha llegado a “tensionar” especialmente las bases del Derecho penal más clásico²⁰³.

Esta discusión ha partido de elementos esenciales de la teoría del delito clásica, como: acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (e incluso la pena); esto debido a que el único que tiene capacidades psíquicas de conciencia y de comprensión del carácter ilícito de los actos es el ser humano, quien además puede exteriorizar su deseo por medio de acciones (concepto de acción)²⁰⁴, la persona jurídica por ende no puede realizar acciones de conformidad con el concepto de conducta humana de la teoría del delito²⁰⁵, y su forma de obrar en el mundo se verá limitada a lo que realicen personas físicas en representación de ella, ya que también carece de voluntad²⁰⁶. Para importantes autores como BAJO FERNÁNDEZ, MIR PUIG y GÓMEZ MARTÍN, la responsabilidad penal de la persona jurídica también choca con la personalidad de las penas²⁰⁷, principio consagrado desde la Revolución Francesa, que tiene el objetivo de limitar la imposición de penas colectivas²⁰⁸.

203 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. 2da ed. Ed.es Edisofer e IB de F. P 2016. p. 7.

204 BASABE SERRANO, Santiago. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de los sistemas*. 2001 Ediciones Abya-Yala Corporación Editora Nacional. 2003. p. 18; VELÁSQUEZ, Fernando. “La responsabilidad de los entes colectivos en el Derecho colombiano. A propósito del art. 2º de la ley 365 de 1997”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch.. 2001. pp. 226-227.

205 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Ed. Reppertor. 2016. p. 207.

206 ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura De La Teoría del Delito*. Ed. Civitas. 1997. pp.194; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp. 28 y 91, en esta última página GÓMEZ-JARA cita a RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas S.L. 1976. p. 227, quien manifiesta que desde el punto de vista psicológico la persona jurídica carece de voluntad.

207 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces.: 2016. p. 188; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 34.

208 El principio de culpabilidad parte de dos elementos: que el sujeto conozca la ilicitud del acto que ejecuta y que el sujeto tenga capacidad para ordenar su actuación; lo que también da paso al principio de personalidad de las penas en que el sujeto responderá únicamente por los hechos ejecutados por él y nunca por los de un tercero, sobre esto: PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. 2014. pp. 20-21. GALLEGU, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. pp. 52-56; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 126; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. A lo largo de su obra analiza la culpabilidad penal de la empresa.

Adicionalmente, desde el punto de vista de las sanciones existen dos críticas adicionales, en primer lugar, que resulta imposible encuadrar una sanción para la empresa que satisfaga los principios de prevención general y especial²⁰⁹; y en segundo lugar también se plantea la crítica de la violación del principio de personalidad de las penas, desde la perspectiva de que las personas físicas que componen la empresa sean castigadas por el comportamiento delictivo de la entidad, entendiéndose castigo no desde la perspectiva penal, sino desde la perspectiva de consecuencias indirectas, al perder su puesto de trabajo. No obstante, no puede considerarse como una violación al principio de personalidad de las penas, ya que es un efecto colateral de la pena impuesta y no una pena aplicada al trabajador de forma directa²¹⁰. Por otra parte, se le puede encontrar un lado positivo a lo anterior, ya que, los empleados estarían obligados a actuar de forma adecuada y a reportar cualquier anomalía o comportamiento delictivo²¹¹. Sin embargo, debe partirse que las llamadas penas para las personas jurídicas tienen una naturaleza muy distinta a la de la clásica pena privativa de libertad que sufre la persona física; ya que cuando se aplica la pena en contra de una PJ no se está castigando directamente a las personas físicas que la componen y por lo tanto no hay una afectación del mencionado principio, aun cuando la sanción a imponer sea el cese definitivo de la persona jurídica; que sí bien en este escenario se verían los empleados gravemente afectados.

Pese a estas importantes críticas dogmáticas, y de acuerdo con lo que han planteado algunos autores, entre ellos MIR PUIG, no existe un concepto ontológico de delito por lo que podría realizarse perfectamente una construcción de la teoría del delito específica para imputar a las personas jurídicas, separada por tanto de la teoría del delito de personas físicas²¹², en donde la culpabilidad de la empresa y de la persona física no serán iguales²¹³. Este criterio también tiene sus opositores, quienes creen que la responsabilidad penal de la persona jurídica no genera una nueva

209 BASABE SERRANO, Santiago. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de los sistemas*. Ediciones Abya-Yala Corporación Editora Nacional. 2003. p. 19.

210 GALLEGU, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. pp. 54-55; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Pero ¿es qué nadie va a pensar en los socios?”. *Legal Today*, 8 de septiembre de 2009.

211 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 53.

212 MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Rev. electrónica de ciencia penal y criminología*. No. 6. 2004. ISSN-e 1695-0194. p. 01:8; GALLEGU, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 62; Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 36.

213 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p.27.

teoría del delito²¹⁴; lo anterior con fundamento en que la norma penal es una norma de determinación de la conducta que solo pueden ser dirigidas a personas físicas que están dotadas de autoconsciencia, libertad y racionalidad, elementos que no puede ostentar una ficción jurídica, por lo que en el caso de penalización de la persona jurídica estaríamos ante un escenario de penalización de comportamiento desvalorados²¹⁵. Sin embargo, existe un criterio que considera que las categorías dogmáticas deben adaptarse a las nuevas situaciones que se plantean en la práctica diaria del derecho, abriéndose paso a nuevos modelos pragmáticos²¹⁶, lo cual ha estado fundamentado en la necesidad político criminal de hacer frente a graves conductas que afectan bienes jurídicos de forma importante, tal y como sucede con la delincuencia empresarial.

Algunos autores, como VELÁSQUEZ, aseguran que las personas jurídicas sí tienen capacidad de acción ya que el derecho civil, laboral y administrativo así se los reconoce, al ostentar deberes jurídicos que pueden cumplir o lesionar²¹⁷; mientras que otros autores consideran que problemas relativos a la capacidad de acción se pueden resolver mediante las reglas de la coautoría y la autoría mediata²¹⁸. Sin embargo, esas posturas constituyen doctrina minoritaria y a nivel legislativo poco han sido tomados en cuenta.

Resulta importante recordar el gran reto que plantean las personas jurídicas para el Derecho en general, ya que actualmente existe una gran proliferación de personas jurídicas, el uso de estas figuras está muy extendido en el mundo de los negocios en casi todos los ordenamientos jurídicos. En algunos países, especialmente en los paraísos fiscales, el número de personas jurídicas puede llegar a superar en cantidad a las personas físicas que residen en el país, a lo cual, en muchos casos, se suma la complejidad de muchas estructuras corporativas. Esto ha influido en una creciente necesidad, desde el punto de vista de política criminal, de penalización de personas jurídicas ya que, además, los delitos económicos y los asociados al crimen organizado suelen ejecutarse en el

214 Fiscalía General del Reino de España. Circular 1/2011 de 1 de junio. p. 30; sobre esto: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 342.

215 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 360.

216 ZUGALDÍA ESPINAR, José miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. p. 135.

217 VELÁSQUEZ, Fernando. “La responsabilidad de los entes colectivos en el Derecho colombiano. A propósito del art. 2º de la ley 365 de 1997”. En DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. p. 230.

218 Ibidem. p. 230.

contexto de complejas estructuras jerárquicas, en donde la toma de decisiones es diluida dentro de los miembros de la persona jurídica especialmente en el contexto de grandes empresas. Lo anterior representa un serio problema para el Derecho penal tradicional, las figuras clásicas de participación²¹⁹, e incluso para el concepto clásico de causalidad²²⁰.

Sin embargo, no solo debe pensarse en casos de delitos económicos o escenarios de crimen organizado, ya que la responsabilidad penal de la persona jurídica tiene una importante aplicación en los delitos contra el medio ambiente, delitos en el ámbito deportivo (dopaje y amaño) en casos de productos perjudiciales para la salud²²¹, o de productos defectuosos. Sobre estos últimos se han dado casos especialmente polémicos, los cuales se han producido en el ámbito de la industria automovilística en los últimos años y que vale la pena mencionar: el caso más sonado ha sido el *Diesel-Gate* con Volkswagen y Audi a la cabeza por modificar el escape de sus vehículos haciendo que reflejaran menos contaminación y consumo de combustible cuando realmente no era así²²². Lo anterior deja en evidencia que la empresa puede y afecta a bienes jurídicos tan importantes como la vida, el medio ambiente, el mercado, en casos en donde existe una clara imposibilidad de identificar una responsabilidad penal individual, un factor que sin lugar a duda fundamenta aún más la responsabilidad penal de la persona jurídica.

219 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. p. 78; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p.10.

220 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp.14-16.

221 GALLEGU, J.I./MODOLELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 61; HEINE, Gunther. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. p. 51.

222 Volkswagen se declaró culpable en Estados Unidos de los delitos de: conspiración para cometer fraude (*conspiracy to commit wire fraud*), violación de la *Clean Air Act*, violación de adunas (*customs violation*) y obstrucción de la justicia (*obstruction of justice*) aceptando el pago de \$4.3 billones de dólares, por los siguientes conceptos: \$2.8 billones en multas de carácter penal, \$1.5 billones de multas de carácter civil y ambiental, el pago de \$250 millones en un fideicomiso ambiental, 3 años de *probation*, la asignación de un *monitor* independiente para la revisión de su programa de ética y *compliance*, además de que fueron acusados seis altos directivos de la empresa y la empresa ha reservado \$11 billones para compensación a los dueños de los vehículos y reparación de los mismos. Sobre esto: <https://www.vwcourtsettlement.com/es/3-0-modela/>

https://www.nytimes.com/2017/01/10/business/volkswagen-diesel-settlement.html?_r=0

<https://www.nytimes.com/2017/01/11/business/volkswagen-diesel-vw-settlement-charges-criminal.html>; Otro caso no tan sonado como el de la automotriz alemana pero que sin duda ha sido aún más perjudicial es el de la japonesa Takata, fabricante de *airbags* para vehículos que reconoció que 100 millones de vehículos pueden tener serios fallos en sus sistemas y deben ser llevado a revisión, entre los efectos de este producto defectuoso destaca una deuda de 8000 millones de euros por parte de la empresa para intentar solucionar la situación cambiando los sistemas de *airbags*, lo que acabo por producir la bancarrota de la empresa, además de 15 supuestas víctimas mortales asociadas al producto defectuoso y que sigue generando importantes demandas por responsabilidad civil a la empresa. Artículo del Diario el País: “Takata se declara en bancarrota tras la crisis provocada por sus *airbags*” de 26 de junio de 2017, se puede consultar en: https://economia.elpais.com/economia/2017/06/26/actualidad/1498457568_783141.html

No se debe pasar por alto que las empresas y las grandes corporaciones ostentan una posición de poder indiscutible en las sociedades contemporáneas, ya que grandes conglomerados empresariales o financiero pueden llegar a representar una participación hasta mayoritaria del mercado económico de un Estado, sin dejar pasar por alto la influencia política y en el desarrollo de la sociedad que ostentan esas grandes corporaciones²²³. El inmenso poder e influencia detentados por las empresas no pueden, ni deben, servir como un salvoconducto para acciones irresponsables, antiéticas o delictivas sin enfrentar consecuencias. En respuesta a los desafíos planteados por las estructuras organizativas de poder en el ámbito del Derecho penal internacional, se han buscado soluciones en el ámbito del Derecho penal económico para atribuir responsabilidades a aquellos individuos que ostentan la capacidad de tomar decisiones en el seno de las empresas. En muchos casos, estos individuos son quienes ejercen un control determinante sobre hechos delictivos de importancia, que luego son ejecutados por los escalones más bajos de la estructura corporativa, con escaso o nulo poder de decisión²²⁴. Sin embargo, no ser suficiente y se ha pasado a un escenario en donde la empresa como ficción jurídica de persona jurídica debe responder también por los delitos cometidos en su seno, abandonando el viejo principio de *societas delinquere non potest*, todo esto como una parte de una política criminal orientada a satisfacer el reproche social de importante actos delictivos cometidos en el seno de grandes empresas, en los cuales sí bien se puede castigar a los encargados de tomar las decisiones, (aunque en muchos casos la identificación de la persona física que verdaderamente ostenta el poder de toma de decisiones es una tarea bastante compleja) la empresa sigue funcionando y lucrando sin ninguna consecuencia más que la alarma social.

También se han dado casos en que, sin mayor justificación, se intenta trasladar la responsabilidad penal lo máximo posible “hacia arriba”, tratando siempre de imputar a los máximos responsables de las empresas, cuando no en todos los casos está justificado²²⁵, o peor aún, casos en donde las empresas recurren a testaferros para que estos asuman la responsabilidad de los delitos empresariales, generalmente a cambio de retribuciones económicas. Sin lugar a duda, en el momento histórico que vivimos los delitos económicos con mayor daño social son cometidas en

223 Diez grandes conglomerados empresariales controlan la mayoría de los productos alimenticios y del uso común de las personas: Unilever, Johnson & Johnson, Nestle, PEPSICO, Kellogg's. Associated British Foods, Mondeléz, MARS, DANONE y Coca Cola.

224 SÁNCHEZ BERNAL, Javier. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”. Cuadernos del Tomás. Rev. de Estudios del C.M. Tomás Luis de Victoria, nº 4, Salamanca, 2012. p. 134.

225 SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales. Tomo 55. Mes 1, 2002. pp. 10-11.

gran medida por personas jurídicas²²⁶, es en ese sentido que el padre del Derecho penal económico, TIEDEMANN y el padre del Derecho penal moderno continental ROXIN aseguraron desde finales del siglo pasado no solo la importancia y necesidad de la responsabilidad penal de la persona jurídica, sino que el Derecho penal del nuevo milenio se centraría especialmente en la delincuencia de personas jurídicas²²⁷. Evolución que ha llevado a que algunos autores planteen una “nueva” teoría del delito para las personas jurídicas²²⁸. Sin embargo, más allá del fundamento dogmático, lo cierto es que la adopción de la responsabilidad penal de la persona jurídica debe achacarse más a una razón de orden político-criminal especialmente significativo durante los últimos treinta años. En virtud de lo anterior, se procederá al análisis de las razones que han motivado la política criminal a favor de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

4. Fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica

Existen varios argumentos que justifican o motiva la implementación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por ejemplo, NIETO MARTÍN establece cuatro razones: 1. Razón etiológica, la existencia de una organización genera ya por sí sola factores criminógenos que incrementa la posibilidad de delitos; 2. La sanción de la PJ es necesaria como método para llamar la atención de socios y directivos en la prevención de delitos en las empresas; 3. Incrementar la eficacia del proceso penal y la responsabilidad de la persona individual ya que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede venir a suplantar la responsabilidad individual; 4. Obligar a las empresas a aplicar un sistema de autorregulación encaminado a controlar los riesgos de su actividad²²⁹. Por su parte, y desde una perspectiva jurisprudencial, los tribunales federales en EEUU han justificado la aplicación de la responsabilidad penal empresarial por tres motivos principales: 1. Esa

226 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. Tesis doctoral: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada. 2012. pp. 64, 66 y 67; JUANES PECES, Ángel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 8; ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. pp. 3. Dichos trabajos hacen referencia al estudio realizado entre 1974 y 1985 por el Departamento de Criminología del Instituto Max Planck für ausländisches und internationales Strafrecht en Friburgo en el cual se indica que en el periodo indicado el 80% de los delitos económicos eran cometidos a través de empresas.

227 ROXIN, Claus. *El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. Ed. Idemsa. 1998. pp. 461-463; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. pp. 104-105.

228 BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. pp. 99 a 168. El profesor argentino BERRUEZO desarrolla a lo largo del capítulo II de su obra toda la teoría del delito aplicable a la persona jurídica.

229 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. pp. 37-38; BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. pp. 22-24.

responsabilidad penal es necesaria para asegurar que las corporaciones supervisan adecuadamente a sus agentes y empleados; 2. La responsabilidad penal de la empresa motiva a las empresas a desarrollar políticas para disuadir la comisión de hechos delictivos; 3. La responsabilidad penal de la persona jurídica establece responsabilidad a las empresas que se benefician del actuar delictivo de sus empleados²³⁰.

Desde una perspectiva estrictamente de política criminal, el Derecho penal debe evolucionar conforme el mundo y las nuevas formas delictivas evolucionan²³¹. Los Estados se han percatado que las PJ son los agentes económicos más importante en la sociedad contemporánea²³². En virtud de lo anterior, las acciones de la empresa tienen importantes efectos en la sociedad, en la economía e incluso en la política de los Estados, con mucha más razón sus conductas delictivas también tienen importantes efectos. De manera que, uno de los principales fundamentos de los legisladores ha sido la “necesidad” de responsabilizar a la empresa por delitos cometidos por sus agentes y en su beneficio, partiendo esa necesidad de un criterio de utilidad²³³. Sin embargo, ese criterio de utilidad debe cumplir ciertas exigencias desde el punto de vista jurídico penal, siendo el elemento principal que existe un hecho de conexión entre la empresa y la persona física que comete el delito²³⁴. Ahora bien, el criterio de utilidad no es el único fundamento que existe para concebir la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que destacan cuatro fundamentos en total: insuficiencia del Derecho penal individual, el auge de la autorregulación y la implementación de un sistema preventivo de delitos, razones de carácter económico y de política criminal internacional, que se analizarán a continuación.

Fundamento 1. Insuficiencia del Derecho penal individual. En las últimas décadas, ciertas conductas delictivas han planteado un desafío sustancial al ámbito del Derecho penal, específicamente relacionadas con el crimen organizado, la delincuencia económica, el blanqueo de capitales y los delitos ambientales, perpetrados mayormente a través de entidades corporativas.

230 Sobre eso: JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 27.

231 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “O papel do direito penal e a crise financeira”, en BRODOWSKI, D/LUÍSA DE SÁ, A/SAAD-DINIZ, E. (organizadores) . *Regulação Do Abuso No Âmbito Corporativo: O Papel Do Direito Penal Na Crise Financeira*. Ed. Liber Ars. 2015. p. 25.

232 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 306.

233 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 77.

234 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. p. 49.

Este panorama presenta una complejidad particular en cuanto a la atribución de responsabilidad penal bajo el enfoque tradicional del Derecho penal individual²³⁵.

Según HEINE, esta complejidad radica en la tendencia creciente de las empresas modernas hacia modelos organizativos más horizontales y menos jerárquicos, dificultando la trazabilidad de la responsabilidad de las decisiones²³⁶. Se observa un dominio de la organización de naturaleza sistemático-funcional, equiparable al concepto de "dominio del hecho" en el ámbito penal individual²³⁷. Por consiguiente, el Derecho penal empresarial se reconoce como una esfera extensa y de gran complejidad dentro del Derecho penal económico²³⁸. Estas afirmaciones suponen importantes retos para del Derecho penal en general para solventar los problemas que plantea la delincuencia de empresa, especialmente desde el punto de vista de la responsabilidad penal individual.

Otro factor para tomar en cuenta es que las corporaciones más grandes tienen sus actividades operativas dispersas en varios países, lo que aumenta la dificultad para la identificación de personas físicas por parte de las autoridades²³⁹. Incluso en situaciones donde las acciones individuales dentro de la empresa, por separado, no constituyen delitos, su combinación puede dar lugar a actividades delictivas con repercusiones económicas graves, justificando así la imputación de responsabilidad penal a nivel empresarial²⁴⁰. Este escenario es sumamente complejo para que los Estados puedan aplicar controles legales y fiscalización a estas entidades²⁴¹.

235 HEINE, Gunter. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. p.20; HEINE, Gunther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 26-27 y 33; y ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 73.

236 HEINE, Gunther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 27.

237 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 113.

238 BALCARCE, F/BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 136. Dichos autores citan a CESANO.

239 HEINE, Gunther. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales", en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Drs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. Artículo. 2001. p. 51

240 TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de la persona jurídica". Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. p. 106.

241 PIETH, M/IVORY, R. "Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview", en PIETH, M/IVORY, R. *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. pp. 4-5.

Lo que para el Derecho penal se traduce en una dificultad para terminar en muchos casos la división de funciones y la toma de decisiones en las empresas. Mientras que propiamente en el marco de un proceso penal esas características representan una grave complejidad para la imputación penal de personas físicas en el marco de las empresas, lo que conlleva que los delitos cometidos en el seno de las empresas queden en la impunidad²⁴², lo cual es sumamente grave dado las importantes afectaciones a bienes jurídicos que estas acciones pueden llegar a generar.

Por otra parte, no puede omitirse analizar, el alto grado de seguridad jurídica y deber probatorio que exige el Derecho penal individual y que de ninguna forma puede ser cuestionado al menos cuando existan penas privativas de libertad involucradas. Esto ha sido una importante limitación para resolver complejos casos de delincuencias empresarial. Adicionalmente cada vez son más complejas las estructuras empresariales, la irresponsabilidad organizativa, la utilización de los llamados “chivos expiatorios” y el hermetismo de las organizaciones frente a las autoridades cuando algún funcionario es investigado por la supuesta comisión de un hecho delictivo²⁴³. Todos estos son elementos que plantean escenarios de extrema complejidad a la hora de probar, imputar y condenar hechos específicos de personas físicas en empresas²⁴⁴, y derivan del Derecho penal individual sea ineficaz para castigar conductas delictivas en empresas.

Se ha planteado la imputación de la persona jurídica por hechos cometidos en nombre de ella por personas físicas²⁴⁵, lo que ha sido llamado como irresponsabilidad individual de carácter estructural²⁴⁶. Curiosamente y pese a que la responsabilidad penal de la persona jurídica fue

242 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La persona jurídica acusa en el proceso penal español”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 49; BALCARCE, F y BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 5; SALVO ILABEL, Nelly. *Modelos de Imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona. 2014. p.88; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p.11; STRADER, J. Kelly. *Understanding White Collar Crime*. 2da ed. Ed. Lexis Nexis. 2006. p. 4.

243 Un ejemplo de esto es la FIFA que se negó a la solicitud expresa de un Juez español para que aporten datos en el caso de Neymar JR, aun cuando la propia Federación Internacional sin que se pueda considerar un ejercicio del derecho de defensa ya que ni la entidad ni ninguno de sus funcionarios son investigados en el proceso.

244 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 287.

245 HEINE, Gunter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp. 24 y 25. Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos de América, caso *United States vs. Bank of New England*, 821 F.2d 844, de 10 de junio de 1987. O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p. 182. ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 45-46.

246 HEINE, Gunther. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. . 2001. p. 52.

planteada como respuesta a los casos en que es difícil identificar responsabilidad penal individual, algunos autores consideran que con la aplicación de esa responsabilidad penal se busca hacer más efectiva la persecución penal de persona físicas, debido a que la responsabilidad penal de la persona jurídica obliga a las empresas a investigar, denunciar y colaborar con las autoridades cuando se den hechos delictivos²⁴⁷, por lo que se hace más eficaz la persecución individual y un proceso penal más sencillo desde el punto de vista de la investigación²⁴⁸. Lo anterior, ha llevado a un importante cambio regulatorio de la materia, pasándose de una visión más clásica del Derecho penal en donde la atención radicaba en la acción penal de la persona física para pasar a regular aspectos modernos de la conducta criminal especialmente conductas colectivas²⁴⁹.

Los escenarios en donde se diluye la toma de decisiones suponen una complejidad aun mayor para detectar responsabilidades penales de carácter individual por lo que se fundamenta ampliamente la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica. Y es que esa responsabilidad penal debe pensarse para casos en que la complejidad y la gran cantidad de niveles de toma de decisiones, es decir estructuras complejas, lo cual para el Derecho penal se traduce en que las responsabilidades penales en casos de delitos se diluyan entre tan extenso entramado de funcionarios²⁵⁰. Por lo tanto, la responsabilidad penal de la persona jurídica debería de pensarse para casos en donde corporaciones de un tamaño determinado se vean involucradas, dejando por fuera a empresas familiares o pequeñas en donde es identificable sin mayor problema quién tomó las decisiones de ejecución en la empresa.

247 NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. Artículo: 2013. p. 192.

248 PUYOL, Javier. “Corporate Compliance”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 134; como muestra de la importancia de la investigación de la persona física vale la pena destacar el llamado *Yates Memorandum* en el que se recuerda a los fiscales la importancia de perseguir penalmente a las personas físicas en casos de delincuencia empresarial. *U.S Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General Sally Quillian Yates*, memorandum titulado: *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* de 9 de septiembre de 2015. Se puede consultar en <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. (Consultado por última vez 29/03/2020)..

249 BALCARCE, F/BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 137. En la práctica lo anterior se traduce en que la mayoría de las legislaciones han optado casi de forma unánime la aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica únicamente a personas jurídicas con carácter privado (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, corporaciones, fideicomisos, fondos de pensión, colectivas, en comandita, etc.). Dentro de esta clasificación de posibles personas jurídicas deben incluirse también a partidos políticos, asociaciones sin ánimo de lucro (incluidas aquellas creadas por legislación especial como la Cruz Roja Española), fundaciones y sindicatos.

250 ROXIN, Claus. *El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. Ed. Idemsa. 1998. p. 462; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 22; ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. p. 161.

Ahora bien, la justificación de la insuficiencia del Derecho penal individual como fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica recibe críticas y hay autores que abogan por que las organizaciones sean tomadas en cuenta por el Derecho penal pero para desarrollar aún más la responsabilidad penal de las personas físicas, sin perjuicio de que se apliquen penas accesorias a las empresas (como las penas accesorias a personas jurídicas del código penal español) utilizando como fundamento la responsabilidad objetiva de la organización²⁵¹. Además, en la puesta en práctica de la mayoría de los sistemas de imputación penal de las PJ se debe determinar primeramente una responsabilidad individual para posteriormente aplicar una responsabilidad a la organización²⁵².

Por último, pero no menos importante, no puede pasarse por alto la evolución del Derecho penal en las sociedades post industriales con el famoso Derecho penal de la sociedad del riesgo que debe hacer frente a la criminalidad globalizada, al uso de estructuras empresariales para delinquir y al análisis y gestión del riesgo por parte de la empresa en su actividad²⁵³. Como consecuencia, existen importantes elementos que fundamentan la incapacidad del Derecho penal individual como herramienta para hacer frente a los cada vez más complejos casos de delincuencia económica.

Fundamento 2. La autorregulación regulada y la prevención de la corrupción por parte de la empresa. La importancia de la autorregulación empresarial como fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede pasarse por alto, sin embargo, para comprender el alcance de la autorregulación regulada, debe analizarse la evolución histórica de la economía de los Estados Unidos de América. En primer lugar, es importante recordar que esa fue la economía más fuerte a lo largo del siglo XX, y en la que se implementó un modelo de financiación de las empresas a través del mercado de valores²⁵⁴. Sin embargo, la historia económica de Estados Unidos ha dejado grandes catástrofes económicas en la bolsa, por ejemplo, el crack de

251 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 207.

252 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. pp. 49-50.

253 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo)”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 695.

254 Método que desde la década del 1980 ha sido imitado en todo el mundo especialmente mediante la entrada en el juego de la UE con su mercado común y sus importantes bolsas de valores.

1929, el lunes negro de 1987 y la más reciente la crisis de 2008²⁵⁵. Todos esos hechos obligaron a las autoridades norteamericanas a ser más estrictas con las políticas de regulación financiera y empresarial. Es decir, la economía pasó de un carácter liberal a un modelo de economía intervenida por el Estado a lo largo del siglo XX, para llegar al siglo XXI con un escenario en que el Estado es incapaz de regular de forma autónoma a las empresas; sin embargo, el Estado no puede volver a dejar por la libre a la economía sin ningún tipo de regulación; lo anterior, debido principalmente a la cantidad de riesgos que conlleva cualquier actividad económica. Bajo este escenario en donde entra en juego la autorregulación como herramienta a utilizar por los Estados²⁵⁶.

De igual forma, la autorregulación se hace necesaria ya que la responsabilidad penal individual y las penas impuestas a personas físicas no puede por si solas fundamentar un cambio en los procedimientos y políticas empresariales, ya que en muchos casos este tipo de cambios sobrepasan el poder de decisión del sujeto imputado²⁵⁷. Algunos países además no cuentan con las herramientas necesarios para investigar a fondo estos delitos que cada vez son más complejos²⁵⁸.

Sin embargo, la autorregulación no es un tema nuevo y no obedece únicamente a las empresas; ya que sindicatos, organizaciones de consumidores, organizaciones sectoriales, cámaras de industria entre otros, han desarrollado y fiscalizado la implementación durante décadas de estándares mínimos que deben ser establecidos por las empresas que las componen, con el objetivo de lograr estándares mínimos de calidad y servicio en la industria, conocido como autorregulación sectorial.

Resulta crucial delimitar el concepto de autorregulación. Se distinguen dos enfoques en su definición. Desde una perspectiva anglosajona, se postula que abarca desde la adopción voluntaria por parte de las entidades empresariales de estándares de conducta hasta la transferencia de la supervisión de actividades empresariales en un ámbito específico a organismos privados

255 A las que se les puede sumar también el escándalo que salió a la luz en 2008 respecto al esquema *ponzi* de \$65 billones cometido por Bernie Maddof.

256 Sobre esto: BANACLOCHE, J/GÓMEZ-JARA, C/ZARZALEJOS, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. 2011. p. 29; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M. FEJOO, B. GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 93.

257 ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. p. 161.

258 ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes as international crimes*. Ed. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017. pp. 34 y 46.

designados por el Estado. Por contraste, la aproximación europea es más rigurosa, considerando únicamente como autorregulación aquellas acciones empresariales que el Estado toma en cuenta²⁵⁹.

Dejando de lado la definición que se tome, el concepto de la autorregulación ha evolucionado en la práctica hasta lo que se conoce como autorregulación regulada la cual nace de la combinación de la autorregulación privada y la regulación pública como marco característico, es decir, establecimiento lineamientos mínimos dentro de los cuales las empresas deben mantenerse, pero sin afectar su libertad de regulación interna y sin llegar el Estado a intervenir por medio de su potestad pública a la organización empresarial²⁶⁰, ya que no pueden obviarse dos importantes factores que hacen imposible una heterorregulación por parte del Estado. En primer lugar, los altos niveles de tecnificación de las empresas y el desarrollo tecnológico que tendría como consecuencia que el Estado no supiese como realizar la regulación de estas, mientras que por otra parte el alto coste económico que le supondría al Estado una regulación empresarial²⁶¹.

En segundo lugar, tampoco puede omitirse que el liberalismo económico parte de una mínima intervención estatal y aboga por un sistema de autorregulación. Desde una perspectiva lógica, el modelo tiene sentido, en virtud de que nadie conoce mejor su ámbito de actividad como la propia empresa, por otra parte, resulta materialmente imposible que el Estado fiscalice a fondo a cada empresa; es más sencillo una fiscalización del Estado sobre la fiscalización hecha por la propia empresa y únicamente cuando existen motivos que así lo requieran, es decir un hecho delictivo. De esta forma, se nota una tendencia hacia la autorregulación regulada en las empresas, lo cual incide a su vez en el Derecho penal; en España se tiene el ejemplo el Derecho penal del trabajo, y el encargado de riesgos laborales²⁶². Por lo tanto, la autorregulación no resulta novedosa para el sistema penal español.

259 ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Introducción a la autorregulación”, en ARROYO L/NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. pp 28-29.

260 Ibidem. pp. 31-32; y DARNACULLETA I/GARDELLA, M. “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 139.

261 COCA VILA, Ivo. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. 2013. pp. 45-46.

262 NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. 2015. p. 103-105; y COCA VILA, Ivo. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en Silva Sánchez, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. 2013. p. 67.

La autorregulación es catalogada por algunos autores como una regulación más rigurosa específica y eficaz por parte del Estado²⁶³. Sin embargo, el sistema de autorregulación no puede operar solo, necesita de una herramienta de represión como el Derecho administrativo sancionador o el Derecho penal, más concretamente requiere de la responsabilidad legal de la persona jurídica para garantizar su eficacia. Para NIETO MARTÍN lo ideal sería la inexistencia de un modelo represivo y que en su lugar existiera un modelo de derecho reflexivo en donde las empresas con cierto grado de complejidad escogerían de forma voluntaria un modelo de moderación y autorregulación regulada²⁶⁴.

Ahora bien, se afirma que la autorregulación regulada en su vertiente de carácter penal se ve materializada por medio de los programas de *compliance* o de cumplimiento penal²⁶⁵; sin embargo, en España no existe de momento ni obligación contar con programas de cumplimiento ni una guía de carácter oficial para establecerlos, como sí sucede en Estados Unidos en donde existen guías oficiales para establecer estos programas o incluso en Italia en donde se promueve por medio de la ley que los grupos sectoriales empresariales establezcan modelos tipo de *compliance* para que cada empresa lo tome como base y lo adapte a sus necesidades²⁶⁶, y así establezca una orientación en su forma de hacer negocios. Y es que la empresa a través de una política comercial o de servicios muy agresiva o un sistema de retribución mediante objetivos, pueden promover la comisión de conductas delictivas; incluso una política extrema de corte de gastos puede conllevar a la comisión de delitos, por ejemplo, al omitir medidas de seguridad, formación adecuada del personal, políticas restrictivas respecto a las causales aceptadas para otorgar baja laboral por enfermedad, entre otras. Además de que la autorregulación debe llevar aparejada sistemas disciplinarios o de sanciones internos y que los órganos directivos de la empresa impidan la comisión de delitos²⁶⁷.

263 COCA VILA, Ivo. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”. En Silva Sánchez, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. 2013. pp. 45-46.

264 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 340. Y NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. pp. 60 y 65.

265 BANACLOCHE, J/GÓMEZ-JARA, C/ZARZALEJOS, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. 2011. p. 30.

266 NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 107.

267 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Bosch. 1998. p. 365.

La crisis económica que afectó al mundo en 2008²⁶⁸ e es un catalizador para la implementación de medidas de autorregulación como herramientas para alcanzar una recuperación efectiva en el sistema financiero internacional. Aunque pueda parecer paradójico, otorgar mayor autoridad de control a la misma industria responsable de la crisis financiera, tiene fundamentos sólidos, pues dicha industria posee un conocimiento íntimo de su propio entorno y de cómo mitigar los riesgos inherentes²⁶⁹. Sin duda este contexto e demanda una regulación rigurosa, especialmente en naciones como España, donde los escándalos bancarios son recurrentes²⁷⁰.

La autorregulación regulada exige a las empresas contribuir de forma activa a la prevención de delitos, pero permitiéndoles conservar el “buen clima corporativo” es decir se escoge este tipo de sistema para exigir una actitud, pero sin que el Estado interfiera directamente en la forma de hacer negocios de la empresa²⁷¹. Esto es importante ya que el Estado no puede establecer un modelo estándar para todas las empresas, cada empresa es distinta, está organizada de forma distinta, tiene riesgos propios y por lo tanto debe implementar las medidas que considere adecuadas.

Es aquí donde ENGELHART propone cinco distintos niveles de autorregulación regulada: 1. Apoyo informal por parte del Estado (*informal support by the state*): conlleva una motivación del Estado por la implementación de programas de *compliance* para las empresas apoyándose en asociaciones sectoriales, brindándoseles asesoría a las empresas en los componentes que se recomiendan que las empresas de dicho sector adopten; 2. *Compliance* gratificado (*rewarding compliance*): el incentivo que las autoridades otorgan a las empresas que adoptan programas de *compliance* es la no persecución o el cese de la persecución (penal o administrativa); 3. Sancionar la falta de *compliance* (*sanctioning the lack of compliance*): la falta de *compliance* puede ser una especie de agravante, además de que en sentencia se puede exigir que la empresa deba de adoptar un programa de *compliance* como sucede en el caso de la aplicación de las *Sentencing Guidelines*; 4. Exclusión de

268 Incluso la crisis económica derivada del Covid-19 es un factor de riesgo para que ocurran hechos delictivos.

269 GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 78-79.

270 Por ejemplo, un gran escándalo bancario ha sido la compra del Banco Popular por parte del Banco Santander por €1 en junio de 2017, esto después de una refinanciación en bolsa que había realizado el Banco Popular recientemente; sin embargo, no es el único gran escándalo recientemente no puede olvidarse: la salida a bolsa de Bankia, Caja Castilla-La Mancha, Banca Privada de Andorra, Caso tarjetas *black* de Caja Madrid. Sin olvidar los importantes rescates de bancos que ha tenido que hacer España y la UE durante los últimos años.

271 ENGELHART, Marc. “Corporate Criminal Liability from a Comparative perspective”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 68.

la responsabilidad (*excluding responsibility*): la adopción de un adecuado modelo de *compliance* puede conllevar la exclusión de la responsabilidad tal y como lo prevén la *UK Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* de 2007, la legislación italiana y el Código Penal español; 5. Obligación general de implementar programas de *compliance* (*general obligation to implement compliance programs*): es el máximo nivel y conlleva un castigo por la no adopción de adecuados modelos de *compliance*, tal y como lo establece la legislación alemana para el Comercio de Valores, por ejemplo²⁷².

Como se ha examinado previamente, la autorregulación emerge como un componente esencial en el entorno económico contemporáneo, donde las corporaciones de gran envergadura desempeñan un papel preponderante en la estructura social. Este contexto se ve acentuado por las adversas experiencias derivadas de notorios escándalos financieros y empresariales, así como por la percepción de una deficiencia en la capacidad reguladora estatal sobre dichas entidades. No obstante, este paradigma de autorregulación requiere la implementación de un mecanismo coercitivo para situaciones en las que las empresas descuiden sus obligaciones autorregulatorias, es decir, la imposición de responsabilidad penal a las personas jurídicas.

Fundamento 3. Razones económicas. Los crímenes en el ámbito de la empresa suelen conllevar una afectación económica muy superior al resto de delitos, pudiendo desestabilizar la economía nacional o incluso mundial. Por ejemplo, las grandes estafas o fraudes cometidas a través de fondos de inversión en contra de miles de personas, que cada estafa por sí sola puede que no represente un daño importante, pero en conjunto y para beneficio de la empresa pueden llegar a ser millones de euros²⁷³. Por otra parte, hay quienes afirman que si la empresa resulta beneficiada por las actuaciones delictivas de sus agentes es decir si la empresa obtiene una ventaja injusta (*unfair advantage*) la sanción en contra de ella está legitimada²⁷⁴, recordando que en la muchos de los casos, la empresa obtendrá un beneficio ilegítimo respecto a sus competidores, que debe impedirse y castigarse para no afectar el mercado²⁷⁵. Desde el punto de vista de la *equidad en el*

272 Ibidem. pp. 69-72.

273 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 63; BEALE, Sara S. "A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability". *American Criminal Law Review*. No. 46. 2009. p. 1481.

274 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 141; ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 99.

275 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Bosch. 1998. p. 365.

*desplazamiento del daño causado*²⁷⁶, se considera adecuado trasladar a la empresa el coste social del delito²⁷⁷, coste no solo de la sanción sino también del proceso, la investigación e incluso de la prevención²⁷⁸.

Es más barato para el Estado aplicar un modelo de autorregulación a las empresas que implementar un modelo de heterorregulación, y aplicar las sanciones si la empresa incumple sus obligaciones de autorregulación. Al castigar a la empresa por los hechos delictivos también se está recayendo en un efecto económico y de autorregulación, ya que los inversionistas pondrán sus inversiones solo en empresas con buen nivel de cumplimiento²⁷⁹, obligando a la cúpula empresarial a implementar programas de cumplimiento como mecanismo de atracción de inversores.

Ese razonamiento económico se ve reflejado en las posibles sanciones a imponer en contra de la PJ: sanción pecuniaria (multas) la más común y fácil de imponer²⁸⁰. Otras medidas, según el ordenamiento, pueden ir desde prohibición de recibir subvenciones o contratar con la administración pública, lo cual para ciertas empresas sería equivalente a declararlas en bancarrota ya que su negocio depende enteramente o principalmente de la contratación con la administración pública; pasando por lo que se ha conocido como medidas mixtas, con un fundamento equivalente a las medidas de seguridad impuestas a las personas físicas, debido a la peligrosidad de la empresa, estas medidas de seguridad se traducen en la práctica mediante el nombramiento de un administrador (*public interest director* o depositarios judiciales) por parte del juez por un periodo determinado, sin embargo esta medida es poco útil en la práctica debido al temor de los administradores de incurrir en errores graves que puedan conllevar fuertes demandas por daños y perjuicio, otras medidas de medidas de seguridad aplicables a la empresa, pueden ser: la confiscación de mercadería, materiales, dinero obtenido por medio del delito y la más grave siendo el cierre de locales.

276 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 98, 100 y 101; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Programas de cumplimiento y política criminal”, en BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 105.

277 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 56.

278 NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 114.

279 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 70.

280 HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 55-60.

Además no puede dejar de incluirse la responsabilidad civil subsidiaria y derivada del delito, que sin ser considerada una sanción penal directa, igualmente afectara a la PJ, especialmente durante las primeras etapas del proceso penal, en algunos casos de forma muy grave, como con los depósitos preventivos de responsabilidad civil que ordenan ciertos ordenamientos, en los cuales se obliga al congelamiento de cuentas bancarias o el decomiso de bienes durante lo que dura el proceso para hacer frente a la eventual responsabilidad civil a hacer frente o las posibles multas a imponer²⁸¹.

Todas las medidas aplicables a la empresa mencionadas anteriormente tendrán en todos los casos un importante efecto en la economía empresarial, en algunos casos afectando de forma irreparable las finanzas empresariales, lo que se traducirá en el cierre de esta. Por lo que, se puede entender que los Estados han encontrado un medio de coacción legal para asegurar la cooperación de las empresas por medio de la autorregulación con una puesta en práctica de la prevención general negativa, pero con un fundamento económico, es decir los Estados han comprendido que desde la visión capitalista dominante a nivel mundial siendo que la sanción más efectiva en contra de una empresa, es la amenaza de perder dinero o la posibilidad de hacer negocios siendo esa la herramienta más idónea para castigarla, además de la más adecuada debido a los altos costos del proceso penal especialmente en delitos económicos. El alto coste económico que representa para los Estados investigar los casos de delitos económicos cometidos en o por las empresas, desde el coste de los fiscales, jueces, la obtención de evidencia, transporte de evidencias, visita a otros países para coordinar investigaciones o recolección de pruebas, traslados de detenidos, congelación de activos, entre otros aspectos²⁸².

Ahora bien, parte de la justificación económica también se fundamenta, en que, si al sancionar a una persona jurídica habrá más posibilidades de resarcir el daño económico ocasionado, ya que una empresa cuenta con más patrimonio que una persona física. Por otra parte, de acuerdo con datos del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional, los delitos económicos

281 TIEDEMANN, Klaus. "Responsabilidad penal de la persona jurídica". Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp. 99-102.

282 HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. p. 339.

representan únicamente el 1.4% de todos los delitos denunciados, no obstante, ocasionan el 48.9 % del daño económico total originado por el total de todos los delitos²⁸³.

Sin embargo, no todos los autores están de acuerdo con la justificación económica dada, ya que en algunos casos consideran que el daño ha sido ocasionado por personas físicas específicas para su provecho propio, como la obtención de importantes bonos, pero pese a esto es la empresa la que responde con su patrimonio, lo cual podría catalogarse como injusto²⁸⁴. Proponiendo que sea exclusivamente la persona física la que responda pecuniariamente por sus hechos delictivos.

Fundamento 4. Política criminal internacional. Uno de los principales fundamentos de la represión de la corrupción por medio de la responsabilidad penal de la persona jurídica ha sido la política criminal internacional puesta en marcha en las últimas décadas. Y es que existen importantes instrumentos internacionales que tienen como objetivo combatir la corrupción a nivel internacional por medio de la adopción de obligaciones por parte de los Estados firmantes; asimismo la implementación de legislación en materia anticorrupción conlleva un alto grado de aceptación y apoyo por parte de la ciudadanía y la comunidad internacional²⁸⁵. Desde finales de los años noventa y con mayor intensidad en la primera década del presente milenio, la responsabilidad legal de la persona jurídica por hechos delictivos ha sido discutida con bastante fuerza en la negociación de distintos tratados internacionales, dejando eso sí un margen de discrecionalidad a los países ya que no obligan a implementar una sanción de carácter penal o administrativa²⁸⁶, como en algunos casos se ha querido mal informar. Esta política criminal internacional liderada por Estados Unidos y su lucha contra la corrupción, traducéndose en que no existe en estos momentos en el mundo un país económicamente relevante en que no se castigue a las empresas por delitos cometidos en su provecho²⁸⁷.

283 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 6.

284 BERNAU, Patrick. "Decision and Punishment or – Hold Bankers Responsible! Corporate Criminal Liability from an Economic Perspective", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 51.

285 SCHWINDT-BAYER, L/TAVITS, M. *Clarity of responsibility accountability and corruption*. Ed. Cambridge University Press. 2016. p. 108

286 NIETO, A/GARCÍA, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo", en ARROYO L/NIETO A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 168.

287 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "La persona jurídica acusa en el proceso penal español", en ARROYO L/NIETO A. (Dirs.) *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 45.

Esta política criminal internacional plantea su fundamento de castigo en una concepción bastante simple, y es que las personas jurídicas se les debe castigar por ser corresponsables de un delito y que a su vez lucran con dichos actos²⁸⁸, especialmente en delitos de corrupción en donde son los más importantes beneficiarios de tales conductas. No obstante, algunos autores consideran que la política criminal debe ir más allá del solamente castigar a la empresa por delitos, ya que debería de tener como objetivo secundario la prevención de la corrupción mediante la obligatoriedad de que las empresas cuenten con programas de *compliance*²⁸⁹, es decir la adopción a nivel internacional de un sistema de autorregulación regulada por parte de las empresas, lo cual tendría aun mejores consecuencias en la lucha contra la corrupción a nivel mundial que la única adopción de una política de carácter represivo; sin embargo debe reconocerse la dificultad de que los Estados apliquen medidas de prevención especialmente en el ámbito de la delincuencia, ya que la represión suele ser más barata y simbólica desde el punto de vista populista, pero debe tener en cuenta que en el caso de criminalidad empresarial, la prevención es más barata para el Estado ya que se traslada su costo a la empresa mientras que la visión populista pierde sentido al ser delitos de una complejidad importante y no ser delitos sensacionalistas como la delincuencia más violenta (especialmente homicidios, delitos sexuales y robos con violencia, también denominada violencia “roja”) que llama mucho más la atención de la ciudadanía y despiertan las solicitudes ciudadanas de una mayor represión²⁹⁰.

Esta política criminal internacional ha tenido efectos directos en los ordenamientos, cada vez son más los estados que regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas; esto a su vez ha despertado la creatividad de los teóricos para construir modelos de imputación de responsabilidad penal de la empresa, tal y como se analizará a continuación.

5. Modelos teóricos de atribución de responsabilidad penal de la persona jurídica

Llegado a este punto se puede afirmar que la responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos ha llegado para quedarse y en los próximos años se prevé su expansión a cada vez más países. Incluso la discusión de la imputación penal de la empresa por hechos delictivos no se ha

288 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. p. 14.

289 GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Programas de cumplimiento y política criminal”, en BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 106.

290 Aunque en los últimos años ha despertado un fuerte reproche hacia grandes delitos económicos.

limitado al Derecho penal de los Estados, ya que incluso se ha iniciado la discusión de si las empresas pueden ser sujetos penalmente responsables en el marco del Derecho penal Internacional²⁹¹; lo cual parece, por el momento, innecesario. A continuación, se procederá a analizar los modelos teóricos de imputación penal de la PJ que existen y algunas de sus variantes; analizándose posteriormente el desarrollo en el derecho comparado.

Se han establecido tres grandes modelos o sistemas para atribuir responsabilidad penal de la persona jurídica:

- I. El modelo vicarial (o de transferencia de la responsabilidad),
- II. el de autorresponsabilidad (culpabilidad de la empresa), y
- III. el modelo mixto.

En la práctica cada uno de estos sistemas han sufrido variaciones a la hora de ser implementado por los distintos Estados o incluso en un mismo Estado de acuerdo con nuevas teorías acogidas, a los cuales podemos llamar subsistemas como se analizará más adelante en los epígrafes específicos por países.

A modo de introducción se establece el siguiente cuadro con las principales diferencias entre el modelo de heteroresponsabilidad y de autorresponsabilidad²⁹²:

Heteroresponsabilidad	Autorresponsabilidad
Se centra en la actividad delictiva de una persona física.	Analiza la existencia de una irresponsabilidad organizativa dentro de la empresa.
Plantea menos posibilidades de defensa para la persona jurídica.	Es más abierta a aceptar causas de exclusión de la culpabilidad de la empresa y en

291 ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes as international crimes*. Ed. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017. A lo largo de su obra analiza la viabilidad de que las empresas sean sujetos penalmente responsables para el Derecho Penal internacional bajo el panorama de la actual Corte Penal Internacional o bajo un nuevo modelo de Tribunal Internacional.

292 El autor GÓMEZ-JARA analiza esas diferencias en la obra: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de lege lata y lege ferenda”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 293-296.

	general plantea más herramientas de defensa para la PJ, basadas especialmente en los programas de <i>Compliance</i>
Es responsabilidad objetiva copiada del tradicional derecho civil específicamente del derecho de daños y aplicada al Derecho penal.	La autorresponsabilidad aboga por una responsabilidad nueva, propia de un Derecho penal moderno.
Fundamenta su pena en un hecho ajeno lo cual plantea problemas de justificación desde la visión del Derecho penal democrático.	Se justifica la pena por un hecho propio de la empresa y no por hecho ajeno.

5.1.1 Modelo vicarial o heterorresponsabilidad

El modelo de responsabilidad por atribución, heterorresponsabilidad, por transferencia o *vicarious liability* es el modelo que desde la lógica del Derecho penal clásico podría tener más sentido. Probablemente esa fue la razón por la que el legislador español lo seleccionó al redactar la LO 5/2010 (no así tras la reforma de 2015)²⁹³ que introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica en España, y que también existe en otros ordenamientos²⁹⁴. Concretamente, este modelo construye la responsabilidad penal de la persona jurídica únicamente por medio de la transferencia de la responsabilidad de la persona física que actúa en su representación. El hecho realizado por la persona física se le imputa tanto objetiva como subjetivamente a la empresa; este modelo no justifica ningún tipo de reproche para la empresa²⁹⁵, es decir, estamos ante un escenario de responsabilidad objetiva pura.

Este modelo plantea una facilidad, especialmente para el legislador, ya que es un modelo bastante sencillo de comprender, al tratarse básicamente de un modelo de responsabilidad objetiva del

293 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 346.

294 Destaca el caso de Guatemala, que permite la transferencia de responsabilidad penal de hasta en delitos sexuales, delitos que son catalogados de propia mano. Artículos 38 y 173 del Código Penal de Guatemala.

295 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. pp. 205-206.

Derecho Civil, pero aplicado al Derecho penal. A diferencia del modelo de autorresponsabilidad que como se analizará en el apartado correspondiente es más complejo de dimensionar y conlleva una nueva construcción para el Derecho penal, que viene a distorsionar la doctrina clásica²⁹⁶. El origen del modelo de heterorresponsabilidad no puede ser otro que el derecho anglosajón con su tesis de *vicarious liability*, en el cual se imputa a la persona jurídica los delitos cometidos por un empleado o representante de esta²⁹⁷, en el ejercicio de su actividad y con la intención de favorecer a la PJ; es decir la persona jurídica no comete el delito, sino que responde penalmente por los delitos cometidos por otros como si fueran propios (responde *Ex Iniuria Tertii*). Esta visión es equivalente a la utilizada en el derecho civil de daños (*torts law*) y en donde las empresas responden civilmente por los daños ocasionados por sus trabajadores²⁹⁸.

El modelo vicarial de imputación de la PJ tiene su origen en la década de 1890, cuando BISHOP introdujo el concepto de la responsabilidad penal corporativa por primera vez en el Derecho penal moderno²⁹⁹. BISHOP planteó el tema, como respuesta a un escenario creciente de accidentes en medios de transporte, especialmente en trenes, en los cuales no era posible responsabilizar a una persona física; lo anterior, derivaba en situaciones de impunidad penal. BISHOP seleccionó el Derecho penal en lugar del Derecho Administrativo, ya que el último no estaba lo suficientemente desarrollado en Estados Unidos, a diferencia del Derecho penal que sí lo estaba³⁰⁰.

En resumen, la creciente corriente doctrinal en la materia, sumada a la necesidad político criminal de castigar los grandes accidentes y a la falta de instrumentos en el derecho administrativo

296 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de lege lata y lege ferenda”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 297

297 Corte de Apelaciones del Noveno Circuito de los Estados Unidos de América, *United States vs. Willi Beusch and Deak & Company of California, Inc.* 596 F.2d 871, de 10 de mayo de 1979.

298 ROEF, David. “Corporate Criminal Liability”, en KEILER, J./ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. p. 286; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp. 54; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de lege lata y lege ferenda”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 290.

299 BISHOP, Joel Prentiss. *Commentaries on The Criminal Law*. 7ma ed. Ed. Little, Brown and Company. 1882. pp. 417-425. BISHOP expone que si bien la responsabilidad penal de la persona jurídica no era aún aceptada en EEUU, la jurisprudencia en Nueva Jersey, Massachusetts, Vermont y Tennessee estaban siguiendo la doctrina inglesa respecto a responsabilidad penal de la persona jurídica.

300 Un nuevo escenario que pareciera plantearse nuevamente (110 años después de la primera sentencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados Unidos), con el inicio de los carros de conducción autónoma y los primeros accidentes con estos vehículos incluidos aquello que como resultado dan muertes de personas. Sobre el primer accidente de un vehículo autónomo que haya ocasionado una víctima mortal: Periódico Los Ángeles Times, “Uber self-driving car fatally hits pedestrian in Arizona”. 19 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <http://www.latimes.com/business/autos/la-fi-hy-uber-self-driving-20180319-story.html>.

sancionador llevaron a que el 23 de febrero de 1909 la Corte Suprema de los Estados emitiera la famosa sentencia en el caso *New York Central and Hudson River Railroad vs. EEUU*³⁰¹, sentando las bases del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho norteamericano³⁰². En dicha sentencia la Corte Suprema de Justicia cita al propio BISHOP para explicar la razón de porqué puede responsabilizarse penalmente a la Persona Jurídica: *una corporación actúa por sus oficiales y agentes, sus propósitos, motivos e intenciones son tanto los de la corporación como las cosas hechas, si, por ejemplo, la esencia invisible o intangible, o el aire que llamamos una corporación, pueden nivelar montañas, llenar valles, tender vías de hierro, correr coches de ferrocarril sobre ellos, pueden intentar hacerlo y pueden actuar en él viciosamente como virtuosamente*. Por lo que tanto para BISHOP como para la Corte Suprema de Estados Unidos de América, los actos de las empresas son reales en el mundo y así como pueden actuar de forma correcta y apegada al ordenamiento lo pueden hacer de forma contraria al ordenamiento y por lo que deben ser castigados³⁰³. Por otra parte, y tal como fue expresado en el caso *United States vs. A&P Trucking Co.* por la Corte Suprema, a las empresas no puede permitírseles “romper” la ley solo porque sus dueños y accionistas no participan personalmente en la infracción, ni tampoco puede permitírseles a esos accionistas o dueños enriquecerse de los delitos cometidos por sus empleados³⁰⁴.

Volviendo a la base elemental, el modelo vicarial parte de una premisa importante: las personas jurídicas no pueden ni tienen intención de actuar desde la percepción clásica de la teoría del delito, por lo que la acción ejecutada por el empleado en nombre de la empresa es la forma que tiene la ficción jurídica de la empresa de actuar en el mundo real y por ende debe considerarse como un

301 Curiosamente la responsabilidad penal de la persona jurídica nace bajo lo que podría considerarse una extralimitación del Poder Judicial en sus funciones y en una violación a la división de poderes,

302 HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 228.

303 Corte Suprema De Justicia De Los Estados Unidos De América, caso *New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. In Err. Vs. United States*. 212 U.S 481, de 23 de febrero de 1909. “*Since a corporation act by its officers and agents, their purposes, motives, and intent are just as much those of the corporation as are the things done. If, for example, the invisible, intangible essence or air which we term a corporation can level mountains, fill up valleys, lay down iron tracks, and run railroad cars on them, it can intend to do it, and can act therein as well viciously as virtuously*”.

304 Corte Suprema De Justicia De Los Estados Unidos De América, caso *United States vs. A&P Trucking Co.* No. 32. de 20 de octubre de 1958: “*The business entity cannot be left free to break the law merely because its owners, stockholders in the Adams case, partners in the present one, do not personally participate in the infraction. The treasury of the business may not with impunity obtain the fruits of violations which are committed knowingly by agents of the entity in the scope of their employment*”.

acto realizado por la persona jurídica³⁰⁵. Por lo tanto, esta no tiene la capacidad, por sí misma, de realizar acciones delictivas sino, que estas acciones son cometidas por las personas físicas en su nombre, lo que tiene como resultado que la responsabilidad de las personas físicas se transfiere a la persona jurídica; es decir estamos ante un modelo que busca construir la responsabilidad penal de la persona jurídica centrándose en la persona física y en los hechos realizados por esa, para posteriormente transferir dicha responsabilidad a la propia empresa³⁰⁶.

Esta transferencia de responsabilidad ha sido justificada en la relación funcional que existe entre la persona física y la, y que los hechos que realiza la persona física en nombre de la persona jurídica son hechos de esta última³⁰⁷. Esta transferencia podrá darse hasta en cuatro escenarios dependiendo de lo extendido esté el modelo vicarial escogido por el legislador: 1. Delitos cometidos por altos directivos; 2. Delitos tolerados por altos directivos; 3. Delitos ignorados conscientemente por altos directivos; 4. Delitos cometidos por cualquier empleado a causa de un control ineficaz por parte de los encargados de las funciones de vigilancia³⁰⁸. Es decir, el hecho delictivo puede ser imputado a la persona jurídica por comisión, pero también por una omisión en los deberes de vigilancia, coordinación o selección del personal, que permitan la conducta delictiva del miembro de la empresa³⁰⁹.

Sin embargo, en el sistema vicarial la persona jurídica no será responsabilizada por cualquier tipo de actuación de la persona física, sino que se han establecido una serie de presupuestos de imputación que deben cumplirse para poder trasladarse la responsabilidad penal a la persona jurídica³¹⁰: En primer lugar, quien actúa debe ser un empleado, directivo o representante de la

305 GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova. 2010. p. 46; HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 210.

306 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica”, REDPCP. n.º. 8. 2006 . p. 05:21.

307 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”. Rev. de Derecho Penal y Criminología: Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. 29. No. 86-87, 2008. p. 130.

308 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 93.

309 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”. Rev. de Derecho Penal y Criminología: Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. 29. No. 86-87, 2008. p. 130.

310 Se dice que el modelo busca construir la responsabilidad penal de la persona jurídica centrándose en la persona física para ello debido a que los presupuestos de imputación analizan las características que debe cumplir el actuar de la persona física para que la PJ sea penalmente responsable.

empresa, esto debido a que se entiende que los altos cargos de la empresa son los encargados de orientar y dirigir el actuar de la empresa, mientras que a los mandos medios se les podrá encomendar de forma delegada parte de la autoridad de los altos cargos de mando de mandos más altos; por otra parte, los mandos más bajos (*menial employee*)³¹¹, e incluso terceros (como contratistas independientes³¹²) podrán actuar en representación de la empresa y en algunos casos pueden ser escogidos por lo más altos rangos para que delincan en nombre de la empresa.

En segundo lugar, esa persona física debe cumplir con los elementos objetivos del tipo penal (llamado en el derecho anglosajón *actus reus*), así como los elementos subjetivos (*mens rea*)³¹³, sin embargo, esto no requiere una condena de la persona física, ni siquiera la individualización de la persona física que, en concreto, cometió el hecho, únicamente la apreciación clara de que se ha cometido un hecho delictivo en nombre de la empresa por parte de un agente o representante de esta. En tercer lugar, este delito debe ser realizado en el marco de las funciones encomendadas a dicha persona dentro de la empresa (*within the scope of his employment*)³¹⁴, es decir que el agente esté autorizado ya sea explícita o implícitamente por la empresa para actuar en nombre de ella³¹⁵. Partiendo de esta premisa podría concluirse que en caso de que el agente haya realizado un acto para el que no estaba autorizado o que sea contrario a la política de la empresa la persona jurídica no podría ser imputada.³¹⁶ Sin embargo, en la práctica esto no sucede en Estados Unidos, ya que la empresa igual es imputada en la mayoría de casos aun cuando el comportamiento del agente sea

311 Corte de Apelaciones del Quinto Circuito de los Estados Unidos de América, caso *Standard Oil Company of Texas and Pasotex Pipe Line Company vs. United States*, 307 F2d 120, de 15 de agosto de 1962. Y Corte de Apelaciones del Tercer Circuito de los Estados Unidos de América, caso *United States vs. Armour & Co.* 168 F2d 342, de 26 de abril de 1948, este último fallo utiliza la expresión “*minor employees*” para hacer referencia a los empleados de nivel más bajo.

312 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 185-187. Tal y como lo indica VILLEGAS GARCÍA los tribunales norteamericanos en este sentido ha seguido el camino de la jurisprudencia sobre derecho daños (*torts law*) haciendo responsable penalmente a empresas por la actuación de terceros contratistas. Lo cual tiene sentido ya que se está ante una actividad que ha sido delegada a un tercero, para lo cual debe cumplirse con los presupuestos de una adecuada delegación. .

313 En el Derecho Penal norteamericano se analizan los elementos objetivos y subjetivos del tipo por medio de *actus reus* y el *mens rea* respectivamente, sin embargo, el elemento subjetivo no es requerido en todos los delitos. Sobre esto: KEILER, Johannes. “*Actus reus and mens rea. The elements of crime and the framework of Criminal Liability*”, en KEILER, J/ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. pp. 57-64; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 50; y O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. pp. 53-54.

314 Corte Suprema De Justicia de Los Estados Unidos de América, caso *New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. In Err. Vs. United States*. 212 U.S 481, de 23 de febrero de 1909.

315 BLUMBERG, P/GEORGAKOPOULOS, N/GOUVIN, E/STRASSER, K. *Blumberg on Corporate Groups*. 2da ed. Ed. Wolters Kluwer. 2016. p. 107-5.

316 HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. Artículo. 2006. p. 214.

contrario a la política empresarial, teniendo relevancia el tema de la autorización del empleado únicamente a la hora de imponer la sanción mediante la aplicación de atenuantes de la pena³¹⁷.

En cuarto y último lugar, el actuar delictivo del sujeto debe tener como objetivo obtener algún tipo de beneficio ya sea directo o indirecto para la empresa (*on behalf of the corporation*)³¹⁸, sin que sea necesario la obtención final de dicho beneficio. Este elemento tiene como objetivo evitar la imputación de la empresa en casos en que ella misma es perjudicada por el actuar delictivo de sus empleados (los llamados fraudes en contra de la empresa), por ejemplo, mediante casos de administración desleal o estafas en perjuicio de la empresa, además de que tampoco se imputará cuando el objetivo del agente sea beneficiar a un tercero ajeno a la empresa.

Por otra parte, una característica importante es que el sistema vicarial otorga un escaso margen de defensa a la empresa. Por más que se justifique la existencia de controles internos y medidas encaminadas a evitar la comisión de delitos o se plantee como una causa de justificación (*defense*)³¹⁹, o incluso que se alegue que la conducta del empleado es contraria a las políticas de la empresa³²⁰, nada de esto afecta el estricto régimen de imputación que se ha establecido en el modelo vicarial. Lo anterior, en virtud de que nos encontramos ante un modelo que tiene su origen en la responsabilidad civil y específicamente en la responsabilidad objetiva (*strict liability*)³²¹, y es por esto por lo que, nos encontramos ante el modelo más estricto de imputación penal de personas jurídicas³²².

317 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp. 239 y 240; Y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 48.

318 O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p.169; Y Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *United States vs. Sun Diamond Growers of California*, 525 U.S 398, de 27 de abril de 1999.

319 HEINE, Gunther. "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. Artículo. 2006. p. 214.

320 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 110 y 113.

321 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. pp. 85 y 88.

322 Debido a lo estricto del presente modelo de imputación, las empresas han adoptado la llamada *Third Party Strategy*, la cual conlleva una implicación político-criminal de la empresa en la evitación de la comisión de delitos que conlleve un favorecimiento para ella. Lo anterior tiene como efecto que sean las propias empresas las que investiguen los delitos que suceden en su seno, pero no siempre el objetivo de colaborar con las autoridades, sino para castigar ellas mismas al empleado que ha cometido el delito, evitando que las autoridades tengan conocimiento de lo sucedido y evitándose de esta forma una eventual sanción. Lo anterior puede lograrse por medio (pero no solo) de procedimientos disciplinarios internos o de responsabilidad, (lo que podría considerarse una privatización de la justicia sin garantías), acuerdos confidenciales de reparación del daño, despidos, e incluso procesos de arbitraje. Es por esto por lo que un importante ámbito de actividad de los despachos de abogados norteamericanos (y cada vez en todo el mundo) el de *internal investigations*.

Desde el punto de vista de la teoría de la pena, puede afirmarse que se está en presencia de un escenario de castigo penal explicado desde la vertiente de la prevención general negativa, al ser la pena para la persona jurídica un instrumento disuasorio. Sin embargo, el modelo también busca que se adopten los modelos de control de la empresa y evitar así nuevos hechos delictivos. Asimismo, este modelo ofrece una solución respecto al dolo, tema controversial en la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que se da una transferencia de este desde la persona física a la jurídica, sin la necesidad de construir un nuevo dolo para la esta última.

Como se ha analizado, el sistema de responsabilidad penal vicarial ha sufrido un importante desarrollo en su más de un siglo de existencia, sin embargo, no ha escapado a las críticas y a lo largo de los años ha recibido importantes cuestionamientos, los cuales se procederán a analizar a continuación. En este sentido:

I. La responsabilidad penal por hecho ajeno. Para algunos autores este modelo infringe el principio de exclusión de la responsabilidad penal por un hecho ajeno al responder la persona jurídica por el hecho delictivo cometido por el colaborador, realizado por sus representantes o empleados sin requerirse un reproche a la persona jurídica³²³, algo contrario al Derecho penal de un Estado democrático.

Se podría afirmar que la sanción penal termina afectando a los socios inocentes de las empresas, lo cual puede considerarse contrario al principio de culpabilidad y al principio de personalidad de las penas. Lo cual tiene dos efectos sumamente graves. Por un lado, tratarse de una sanción contraria a la presunción de inocencia de los socios de la empresa y, por otro, afectar negativamente a su patrimonio.

Como se indicó en epígrafe histórico de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en la Edad Media se solían aplicar penas de carácter colectivo, por ejemplo, a las familias por hechos

323 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 97; LAUFER, W/STRUDLER, A. "Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability". *American Criminal Law Review*. Vol. 37. No. 4. 2000. p. 1290; MENA VILLEGAS, Oscar Gustavo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Jurídica Continental. 2019. p. 62.

cometidos por uno de sus miembros, algo que hoy en día desde el punto de vista del Derecho penal democrático sería impensable e inconstitucional. Pero en el caso de la persona jurídica la situación es distinta debido a la naturaleza de la pena, evidentemente no es lo mismo la transferencia de una pena de cárcel de una persona física al resto de su familia, que la transferencia de una pena de las aplicables a la persona jurídica que únicamente conllevan consecuencias económicas³²⁴. Ante estos casos la jurisprudencia de Estados Unidos ha permitido que los socios entablen procesos de responsabilidad civil contra sus administradores por delitos cometidos por ellos³²⁵. Siendo un punto que permite fundamentar que el hecho sancionado es un hecho efectivamente ajeno.

II. *Non bis in idem*. Por otra parte, se critica la posible existencia de una infracción del principio de *non bis in idem* ante el eventual caso de imputación de la persona física y de la jurídica, especialmente en estructuras empresariales familiares o empresas muy cerradas en donde los mismos accionistas son los administradores o quienes dirigen totalmente la empresa; en estos escenarios se suele decir que se podría estar ante una doble sanción. También han generado discusión los casos en los que un accionista de la empresa es además la persona física imputada penalmente³²⁶.

La respuesta que se ha dado para evitar la infracción del *non bis in idem* tiene que ver con el análisis del trinomio que compone este principio (sujeto-objeto-fundamento), en este caso se ha justificado que: 1. El sujeto es distinto, ya que en el caso de la persona física el castigo es directo contra sí, mientras que en la persona jurídica se afectará a la empresa (aun cuando sea una ficción jurídica); 2. El fundamento de la sanción es distinto, por una parte se castiga a la persona física por el hecho cometido desde el punto de vista de los fines de la pena, mientras que a la persona jurídica se le imputa como forma coercitiva para que implemente un sistema de autorregulación regulada encaminado a prevenir la comisión de delitos en su interior; 3. El objeto es distinto, la sanción contra la persona física, por lo general, conllevará una sanción de pena de prisión, mientras que la de la persona jurídica será una sanción de multa o de intervención de la empresa.

324 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 98.

325 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 109.

326 BRODOWSKI, Dominik. "Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 223.

III. Otros aspectos criticados. Adicionalmente, el modelo plantea varias dudas prácticas, entre ellas por qué delitos debe responder la empresa, o si las acciones de todos los empleados serán transferibles a la empresa o si dependerán de ostentar un grado jerárquico mínimo o una potestad mínima de toma de decisiones³²⁷. Asimismo, el análisis de la conducta del sujeto puede convertirse en un tema complejo, ya que existirán casos en que el trabajador realice una acción que no tenga o casi no tenga relación con la actividad de la empresa o con sus facultades encomendadas³²⁸.

Por otra parte, se plantean cuestionamientos respecto a las responsabilidades individuales, entre ellas que: se dejará de perseguir a la persona físicas justificándose en la dificultad de identificar a una persona concreta en entramados empresariales modernos³²⁹, justificación que ha sido utilizada de forma desmesurada en los últimos años especialmente en EEUU; mientras que por otra parte, y que puede ser aún más grave, existe la posibilidad de que se den casos en donde una persona física sea utilizada por la empresa para responsabilizarse de todos los hechos. Lo anterior puede materializarse, mediante un acuerdo entre la empresa y esa persona con una contraprestación importante o aprovechándose de la investigación interna que realice la empresa³³⁰.

Otro problema surge cuando los empleados instrumentalizan a la empresa con el objetivo de cometer sus hechos delictivos y la empresa podría verse imputada en virtud de las reglas de imputación, convirtiéndose en una doble afectada, por el delito y por las repercusiones legales que conlleva el mismo. La jurisprudencia de EEUU ha intentado darle solución a esa situación, en primer lugar, por medio de la presunción de inocencia que debe prevalecer en las personas jurídicas por lo que no pueden ser condenadas a menos que exista prueba de cargo suficiente. En segundo lugar, se ha indicado que no se les puede responsabilizar cuando los hechos no hayan sido perpetrados de forma deliberada, consiente y voluntaria³³¹. Además, para que sea posible aplicar este sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica es necesario la presencia de lo que ha sido llamado como un elemento de conexión, que es la relación que debe existir entre la persona

327 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 84.

328 LAUFER, W/STRUDLER, A. "Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability". *Rev. American Criminal Law Review*. Vol. 37. No. 4. 2000. p. 1297.

329 NIETO MARTÍN, Adán. "Autorregulación, compliance y justicia restaurativa", en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 113

330 Ibidem. p. 114.

331 Corte de Apelaciones del Circuito Decimo Séptimo de los Estados Unidos de América, caso *United States v. Kroger Grocery & Baking Co.*, 163 F.2d 168, de 15 de agosto de 1947: "It is therefore our conclusion that there is no substantial evidence to support the finding that defendant's overcharges were made deliberately, knowingly and wilfully".

física y la persona jurídica, ya sea como empleado, representante, directivo, etc., es decir, estamos en la presencia de un requisito de causalidad entre los hechos que comente la persona física y el beneficio para la persona jurídica de esos hechos.

5.1.2 Variantes del modelo vicarial o submodelos

Existen dos submodelos o variantes del modelo vicarial: el *Respondeat superior* y el modelo de teoría de la identificación, ambos consagrados por países anglosajones. El submodelo del *Respondeat Superior* es el modelo predominante actualmente en EEUU y en el cual se establece que la conducta delictiva puede ser cometida por cualquier agente o representante de la empresa (sin embargo, en dicho país a la hora de determinar la pena se analizan los programas de *Compliance*, característicos de los modelos de autorresponsabilidad de la empresa por lo que en Estados Unidos realmente se emplea un modelo mixto). En este modelo mixto el delito que genera la conexión entre la persona física y la persona jurídica puede realizarlo cualquier empleado y no solamente los altos directivos, además de no ser necesario que el autor realice el delito de forma directa al poder cometerlo mediante autorización, consentimiento o tolerancia de un acto (o ignorándolos conscientemente – *willful blindness*) en el caso de los altos directivos y los cometidos por cualquier empleado que sean atribuibles a una inadecuada vigilancia y control de los altos directivos³³². Sin embargo, el hecho delictivo del empleado deberá ser realizado en el ejercicio de su actividad (*within the scope of his employment*)³³³. Dentro de esta característica se debe aclarar que no solo se incluyen aquellas funciones para las que ha sido autorizado, sino también, aquellas que un tercero podría racionalmente creer que el agente esté autorizado para realizar³³⁴, e incluso la empresa será responsable aun cuando la acción realizada sea contraria a las instrucciones o las políticas corporativas³³⁵. Además, la acción deberá ser ejecutada en nombre de la empresa (*on behalf of the corporation*) y en beneficio de la empresa (*to benefit the corporation*)³³⁶.

332 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 93; y ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 90 y 93.

333 GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 42.

334 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 29.

335 Ibidem.

336 Ibidem. pp. 23 y 26; PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p.1. Para determinar lo que se debe entender por *within the scope of the agent's authority*, las autoras citan el fallo Corte de Apelaciones del noveno Circuito de los Estados Unidos de América, caso *United States v. Hilton Hotels Corporations*, 467 F.2d 1000, 1004, de 15 de enero de 1973. en el cual se establece que el autor debe realizar los actos para los que está autorizado y que

Por otra parte, el otro submodelo obedece a la llamada teoría de la identificación o *alter ego* que ha tenido más acogida en los países europeos con sistema vicarial, tal es el caso de Reino Unido (aunque como se verá más adelante emplea los tres modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica), Luxemburgo, Francia, Estonia y Alemania (aunque en este último no es responsabilidad de carácter penal, sino administrativa) por citar algunos. El modelo de identificación o *alter ego* surgió a principios del siglo XX en Inglaterra bajo el nombre de *identification theory*, como variante del modelo vicarial y su principal característica que lo diferencia es que solo permitía imputar a la persona jurídica por hechos cometidos por sus directivos o administradores o aquellos que ostentaran poderes de decisión, excluyendo las conductas de los empleados como posible criterio de imputación de la persona jurídica; es decir la persona física que comete el hecho delictivo debe ser alguien con poder de representación ya sea de forma aislada o por formar parte de un órgano de administración o por estar dotado de autoridad dentro de la estructura empresarial.

Otra característica de este submodelo es que no siempre resulta necesario que el hecho delictivo sea realizado en beneficio de la empresa³³⁷. Lo anterior basado en la teoría de que una empresa funciona como el cuerpo humano y los altos cargos de administración o directivos son el cerebro que hacen mover las distintas partes del cuerpo, es decir, a la propia empresa³³⁸.

Por último, este modelo otorga la posibilidad a la empresa de defenderse alegando haber cumplido con la debida diligencia (*due diligence*) y que pese a esto el delito había sido cometido, evitando así la condena penal de la persona jurídica; tal y como sucedió en el *leading case* de la *identification*

dichos actos deben ser motivados en el beneficio de la empresa (“*performing acts of the kind which he is authorized to perform, and those acts must be motivated at least in part by an intent to benefit the corporation*”).

337 NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p.30.

338 Casa de los Lores (*House of Lords*) del Reino Unido, Caso *Tesco Supermarkets Ltd. V. Nattrass*, 31 de marzo de 1971: “*A corporation has none of these: it must act through living persons, though not always one or the same person. Then the person who acts is not speaking or acting for the company. He is acting as the company and his mind which directs his acts is the mind of the company. There is no question of the company being vicariously liable. He is not acting as a servant, representative, agent or delegate. He is an embodiment of the company or, one could say, he hears and speaks through the persona of the company, within his appropriate sphere, and his mind is the mind of the company. If it is a guilty mind, then that guilt is the guilt of the company. It must be a question of law whether, once the facts have been ascertained, a person in doing particular things is to be regarded as the company or merely as the company’s servant or agent. In that case any liability of the company can only be a statutory or vicarious liability.*” and “*. . . Normally the board of directors, the managing director and perhaps other superior officers of a company carry out the functions of management and speak and act as the company. Their subordinates do not*”. Sobre lo anterior: ROEF, David. “Corporate Criminal Liability”, en KEILER, J/ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. pp. 287-288.

theory en Reino Unido mediante la sentencia de 1971 de *Tesco Supermarkets Ltd vs. Natrass*. En este fallo la *House of Lords* determinó que el gerente de una tienda no actuó como parte de la *directing mind* de la empresa y por lo tanto la conducta no era atribuible a la empresa, además de que la empresa demostró que había hecho todo lo que estaba a su alcance para que no sucedieran los hechos³³⁹. Es decir, es un submodelo con un importante margen de defensa para la empresa gracias al programa de *compliance* implementado, siendo especialmente importante el análisis de políticas y procedimientos que permitan identificar la toma de decisiones y la trazabilidad de los procesos.

5.2 Modelo de autorresponsabilidad o culpabilidad de empresa

El otro gran modelo teórico de responsabilidad de las personas jurídicas por hechos delictivos es conocido como modelo de autorresponsabilidad, pero también es llamado modelo de responsabilidad por un hecho propio (o *genuine corporate liability*), o por defecto de organización. Este modelo se ha implantado en países como: Austria, Italia y Australia, además de que algunos autores consideran que también es el sistema implementado en España³⁴⁰. Por otra parte, en el Reino Unido esa responsabilidad es utilizado en los siguientes casos: 1. Imputaciones por delitos imprudentes corporativos, sean homicidios culposos, mediante los llamados *corporate manslaughter*; 2. Las infracciones específicas contempladas en la *UK Bribery Act* que castigan el a la empresa por lo no implementación de un sistema de prevención de delitos; 3. La nueva *Criminal Finance Act* que castiga a la empresa por no prevenir la comisión de un delito fiscal. En EEUU, con la aplicación de la doctrina minoritaria y poco aceptada del *collective knowledge*, y en Suiza, con la aplicación del artículo 100 del código penal³⁴¹. Este modelo es considerado doctrina minoritaria, destacando a nivel internacional LAUFER, de la Universidad de Pensilvania en Filadelfia, mientras que en España su principal exponente es GÓMEZ-JARA DÍEZ.

339 Casa de los Lores (*The Right Honourable the Lords Spiritual and Temporal of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland in Parliament assembled* conocida como *House of Lords*) de Reino Unido, Caso *Tesco Supermarkets Ltd. V. Natrass*, 31 de marzo de 1971.

340 NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P./ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 30.

341 NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO L/NIETO A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 183.

El modelo de autorresponsabilidad nace como respuesta a la principal crítica del modelo de responsabilidad vicarial, es decir, a que la culpabilidad empresarial no debe construirse a partir de la culpabilidad de la persona física que actúa en nombre de la empresa; debe identificarse un hecho o un acto corporativo ilícito y un estado mental de la empresa (*state of mind*) que permitan construir la culpabilidad de la empresa por hechos propios. Este hecho propio se traduce en defectos organizativos de la empresa mediante prácticas o procedimientos inadecuados³⁴².

De acuerdo con BAJO FERNÁNDEZ la inclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica como parte de un Derecho penal accesorio nuevo (como el establecido para juzgar a menores de edad e inimputables), en el que las sanciones no dependen de una construcción de culpabilidad clásica y, por lo tanto, que tengan un fin “retributivo-preventivo”; permitiendo de esta forma realizar construcciones dogmáticas específicas sobre los conceptos de acción y culpabilidad para los delitos “cometidos” por la persona jurídica³⁴³. Para ello, es necesario otorgarle un importante énfasis al comportamiento de la empresa antes, durante y después del delito³⁴⁴, es decir si la empresa ha tomado las medidas preventivas, así como las medidas adecuadas para descubrir e investigar el delito y la colaboración con las autoridades; con base en este análisis es que se determinara la sanción a imponer³⁴⁵. Pero especialmente se centra la atención en cómo se organiza la empresa y como desarrolla su cultura ética. Es decir, que el modelo de autorresponsabilidad se debe considerar como un nuevo esquema de imputación que cambia el paradigma clásico de la teoría del delito, y que realiza un análisis de los programas de *compliance* para lograr desarrollar la culpabilidad de la persona jurídica.

Y es que, bajo el modelo de autorresponsabilidad, se toma uno de los elementos más importantes de la teoría del delito clásica (la culpabilidad) para darle un nuevo sentido que permita justificar la

342 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 57; ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. p. 206; LAUFER, W/STRUDLER, A. “Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability”. *Rev. American Criminal Law Review*. Vol. 37. No. 4. 2000. pp. 1297 y 1309.

343 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. pp. 32-33.

344 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 179.

345 LAUFER, William. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 70.

imputación de la persona jurídica, es decir, se crea una nueva teoría del delito para la empresa³⁴⁶, en la que se le asigna culpabilidad propia a la empresa. Por esto se puede describir como un modelo de cambio de paradigma y podría intuirse que esta es la razón principal por la que su puesta en práctica haya sido tan limitada. Este modelo nace con una visión del Derecho penal moderno y basado en el presupuesto de que las sociedades modernas son sistemas sumamente complejos, para lo cual se suele dividir su análisis en subsistemas (sistemas político, económico, científico, educativo, familiar, religioso, mediático, jurídico, deportivo), todos estos subsistemas que integran la sociedad moderna no se encuentran jerarquizados como en las sociedades antiguas. Esto no significa que en la sociedad moderna no exista orden ni control, sino que las funciones dejan de depender estructuralmente de otras funciones, pero siempre siendo parte de una cadena de operaciones que mantiene el sistema funcionando gracias a los diversos y constantes procesos de comunicación que se dan³⁴⁷.

Para comprender mejor el sistema de autorresponsabilidad, primero debe entenderse la teoría de LUHMANN sobre los sistemas sociales autopoieticos. Según LUHMANN en este sistema social las funciones se logran realizar mediante la toma de decisiones, por lo cual se afirma que las organizaciones (como empresas) modernas forman sistemas con una concepción autopoietica³⁴⁸, los cuales se reproducen constantemente gracias a sus propias decisiones³⁴⁹, formando un conocimiento colectivo, con autoconciencia y capaz de auto conducirse por reproducciones continuas de las decisiones³⁵⁰. El conocimiento generado a base de la experiencia por los sistemas autopoieticos, llamado *organizational knowledge*, está directamente relacionado con las decisiones tomadas y la comunicación de estas durante el tiempo que haya existido de la entidad³⁵¹. Es decir, las decisiones tomadas y comunicadas se van convirtiendo en la memoria del sistema, en el historial

346 BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. pp. 99-168. El profesor argentino BERRUEZO desarrolla a lo largo del capítulo II de su obra toda la teoría del delito aplicable a la persona jurídica.

347 URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. *Rev. Internacional de Filosofía Contrastes*. Vol. XV. 2010. Universidad de Málaga. pp. 304-313.

348 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 238.

349 CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2015. p.192.

350 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp.16, 62, 75, 119 y 122; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 340; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 100.

351 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 204.

empresarial³⁵², a esto se le suele llamar rutina cognitiva, de esta manera se vuelve importante que las decisiones se rijan por una serie de principios de decisión, guiados por las políticas de *compliance* de la empresa³⁵³, pero también por el respeto a la Constitución y en general a las leyes; el comportamiento de la empresa apegado a esos textos es lo que se conoce como cultura empresarial o de legalidad³⁵⁴.

Las organizaciones aprenden de sus decisiones, si desde un inicio las decisiones son apegadas al ordenamientos y basadas en la ética, ese comportamiento se reproducirá, sin embargo, si las decisiones son contrarias al ordenamiento, la organización tendrá una tendencia a replicar ese comportamiento y eventualmente a delinquir³⁵⁵. Incluso LUHMANN utilizaba su modelo para explicar su concepto de corrupción, que es cuando un sistema determinado (por ejemplo, el sistema político, pero también puede ser el ámbito deportivo) fue infiltrado por un sistema extraño que afecta su forma y su operación normal³⁵⁶, concepto que podría incluirse dentro del concepto de corrupción definido en el primer capítulo de este trabajo.

Ahora bien, estos sistemas deben poseer una serie de características para que puedan llegar a operar, como pueden ser: la autonomía, autoadministración, autoconducción y autoorganización³⁵⁷. Desde una perspectiva, todas esas particularidades pueden ayudar a construir el concepto de culpabilidad de la PJ. De esa forma se podrá construir una culpabilidad apegada al principio de responsabilidad por el hecho propio y al mismo tiempo promoviendo los programas de cumplimiento. En virtud de lo anterior, es que algunos autores llaman a la autorresponsabilidad

352 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021. p.117.

353 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 140. GÓMEZ-JARA a lo largo del capítulo III de su libro, analiza a profundidad el texto de Luhmann, *Organisation*, en Kupper y Ortmann (Editores). *Mikropolitik: Rationalität, Macht und Spiele in Organisationen*. 1988. pp. 165 y ss.

354 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Compliance”. Revista en cultura de la legalidad, ISSN ISSN-e 2253-6655. No. 21, 2021. pp. 266-267.

355 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 36.

356 TARO LENNERFORS, Thomas. “Corruption: maximizing, socializing, balancing, and othering”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Drs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 39.

357 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 122.

como *la verdadera responsabilidad penal empresarial*³⁵⁸. Sin embargo, existen diversas teorías para fundamentar la culpabilidad tal como se analizará a continuación.

Culpabilidad por defecto de organización. TIEDEMANN fue fiel partidario, desde hace varias décadas, de responsabilizar a las personas jurídicas por los delitos cometidos en su nombre, especialmente en el terreno del Derecho penal económico (también en la criminalidad organizada)³⁵⁹. Para fundamentar la imputación de las personas jurídicas, TIEDEMANN consideró que era necesario realizar una nueva construcción de responsabilidad, distinta a la existente para la persona física, esto justificado en las cada vez más complejas estructuras empresariales en donde suele ser muy difícil la imputación de personas físicas por hechos cometidos por ellos en nombre de la empresa, especialmente en la cúpula³⁶⁰.

En primer término, TIEDEMANN intentó recurrir a la *actio libera in causa* para fundamentar la culpabilidad de un punto de vista antecedente de la persona jurídica por delitos cometidos en representación de esta, fundamento que fue criticado por el “regreso al infinito” que conllevaría³⁶¹. Para solventar esta problemática de imputación y satisfacer la política criminal encaminada a imputar a las empresas, TIEDEMANN desarrolló un nuevo modelo que ha llamado la culpabilidad por defecto de organización (*organisationsverschulden*)³⁶², este modelo plantea que la empresa debe ser imputada cuando la misma tiene una organización interna deficiente lo cual ha influido

358 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica”, Rev. electrónica de Ciencia Penal y Criminología, No. 8. 2006. p. 05:3, 57; Incluso algunos autores como ROBLES PLANAS considera que el defecto de organización no es realmente el fundamento de la culpabilidad, sino que es el injusto, mientras que la capacidad de evitar ese defecto de organización sería la verdadera culpabilidad en ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. p. 207.

359 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. pp. 104-105.

360 HEINE, Gunter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp. 19-45; SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 86.

361 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 54; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 135; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 152; y ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 165.

362 GALLEGU, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 37; y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Bosch. 1998. p. 171.

directamente en que sea hayan cometido hechos delictivos³⁶³; ha sido recibido con bastante éxito dentro de la doctrina, por lo que puede considerarse como el modelo más aceptado de autorresponsabilidad empresarial³⁶⁴.

El modelo de TIEDEMANN parte de la concepción de que la empresa, como ente privado, tiene autonomía para actuar y organizarse, siempre bajo los límites que la ley establezca (en y de acuerdo con la legislación sectorial específica. Sin embargo, esa libertad de organización no es “gratuita”, ya que está condicionada a que la empresa pueda responder por las consecuencias que se puedan derivar de su desorganización interna cuando se produzcan hechos delictivos³⁶⁵. Lo anterior, fundamentando desde el punto de vista de la violación a un deber de vigilancia³⁶⁶, enfocándola especialmente en la acción y culpabilidad de la PJ en el hecho delictivo³⁶⁷, sin que sea necesario que se verifique la existencia del hecho por parte de la persona física. De la misma forma, se considera que la empresa ostenta una posición de garante para evitar el delito y en caso de no evitarlo deberá de responder desde el punto de vista penal³⁶⁸, lo que deriva en una especie de comisión por omisión para la empresa.

TIEDEMANN consideraba que existen en otras ramas del derecho normas específicas para las empresas y no para personas físicas, como por ejemplo en el derecho de la competencia, el cual se centra únicamente en disposiciones de deberes y prohibiciones exigidos a empresas³⁶⁹. También parte de que la persona jurídica no puede actuar por sí misma, sino que lo hace por medio de

363 HEINE, Gunter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp. 23-24; Y. ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 163; y DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 97.

364 DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 96.

365 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 341.

366 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p. 181.

367 TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. ADPCP 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. p.106; y TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico. Parte General y Especial*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p.180.

368 DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 97.

369 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p. 180.

personas físicas³⁷⁰, por lo que los actos cometidos por estas en representación de la persona jurídica serán en sí acciones de esta última, como un supuesto de autoría mediata³⁷¹. Adicionalmente, planteaba que la culpabilidad de la persona jurídica viene dada por un defecto en organización, razón por la cual se terminan cometiendo los hechos delictivos. Otros autores afirman que la organización de la empresa sería el injusto mientras que la culpabilidad estaría vinculada a la cultura de la empresa³⁷².

La empresa, de acuerdo con TIEDEMANN, ha omitido la adecuada implementación de las medidas de organización internas, necesarias para evitar un entorno delictivo en la empresa. Por lo que se debe entender diferente el momento de la culpabilidad de la PJ al de la persona física, situándose el mismo antes del delito, cuando la empresa omitió organizarse de la forma adecuada para prevenir hechos delictivos en el seno de esta, para lo cual debe no solo de seleccionar a las personas idóneas para desempeñar las tareas asignadas, sino que se deben controlar, incluso aplicando controles aleatorios³⁷³. Asimismo, esta teoría permite identificar empresas con una tendencia a la corrupción y por ende con una desorganización interna importante, tal y cómo es el caso de ciertas entidades deportivas en donde se ha evidenciado por medio de distintos casos penales que la entidad suele cometer delitos con bastante frecuencia, es proclive a la corrupción, producto muy probablemente de una desorganización interna.

Sin embargo, la teoría de TIEDEMANN no está exenta de críticas, ya que para otros autores el profesor alemán construye su concepto de organización deficiente desde la base de la actuación de la persona física³⁷⁴; por ejemplo, SCHÜNEMANN ha indicado que una culpa de organización solamente podría alcanzar a personas físicas, a lo cual TIEDEMANN le contestó en su manual de Derecho penal económico indicándole que esa crítica se basa en una visión de la persona jurídica

370 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 112.

371 GALLEGO, J.I/MOOLELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 33.

372 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 59.

373 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p. 181; TIEDEMANN, Klaus. “Corporate Criminal Liability as a Third Track”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 61.

374 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”, en BAJO, M/FEJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 160.

ya superada en el derecho alemán, ya que actualmente la persona jurídica se considera un fenómeno social y no una mera ficción jurídica³⁷⁵. Por otra parte, para otros autores el defecto de organización no es comparable a la creación de un riesgo típicamente relevante y que su realización pueda desencadenar en un resultado, composición requerida por la teoría del delito para persona físicas³⁷⁶.

GÓMEZ-JARA considera que la propuesta de TIEDEMANN no puede considerarse propia del modelo autorresponsabilidad, sino que plantea un escenario de heterorresponsabilidad ya que el fundamento de su teoría parte del sentido de responsabilidad que le otorga el código civil alemán, responsabilidad objetiva (por hecho ajeno)³⁷⁷. Por su parte GARCÍA CAVERO se muestra bastante crítico respecto a la teoría de TIEDEMANN y plantea dos reproches, en primer lugar, considera que bajo la teoría de culpabilidad por defecto de organización puede imputarse a la persona jurídica sin que exista una verdadera afectación al bien jurídico; lo anterior choca con el carácter subsidiario del Derecho penal. En segundo lugar, resalta que el delito de la persona jurídica será siempre el mismo – el defecto de organización- sin importar si se está en la presencia de delitos leves o delitos graves, lo cual tiene problemas desde el punto de vista del principio de proporcionalidad³⁷⁸.

SCHÜNEMANN no se limitó únicamente a criticar a TIEDEMANN, sino que también planteó su propia fórmula de responsabilidad, partiendo del concepto de sistemas sociales autopoieticos y del criterio de la criminología de que las empresas conforman el llamado espíritu (criminalidad) de grupo (o actitud criminal de la asociación), en el cual pueden desarrollarse conductas que esas personas no desarrollarían por separado (que mejor ejemplo que el caso del nacionalsocialismo), perdiendo toda eficacia el fin de prevención general que busca el Derecho penal, de ahí la justificación a una sanción para la empresa desde un punto del Derecho penal de la prevención, específicamente el llamado estado de necesidad de la prevención, al existir una grave amenaza al bien jurídico que no puede ser atacada con los medios habituales del Derecho penal. Para lo cual debe atacarse a los

375 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p. 180; y GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 341. El Prof. GÓMEZ MARTÍN también es crítico al indicar que hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica por defecto de organización pertenece más al “mundo de la fantasía que al mundo jurídico”.

376 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 364.

377 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 153-154.

378 GARCÍA CAVERO, Percy. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *Rev. de Derecho Penal y Criminología*. ISSN 0121-0483, vol. 26. No. 78. 2005. p. 144.

únicos elementos de la empresa que no pueden ser sustituidos por otros, es decir los dueños de esta; obligándolos a actuar correctamente y por lo tanto a todas las empresas a actuar de acuerdo con la ley³⁷⁹. Esta concepción de SCHÜNEMANN justificaría la imposición de medidas de seguridad al ser fundamentada en la peligrosidad de la empresa.

Sin embargo, SCHÜNEMANN va más allá e incluso plantea que el empresario responda con penas privativas de libertad por los delitos de la empresa, en lugar de la sanción pecuniaria aplicada a la empresa³⁸⁰, algo que es criticable debido a que se vuelve a retomar el análisis de la responsabilidad penal individual para justificar la responsabilidad corporativa e incluso podría llevar a escenarios de responsabilidad penal por el hecho ajeno.

Críticas al modelo de autorresponsabilidad. Entre la gran cantidad de críticas que recibe el modelo de autorresponsabilidad cabe destacar las de dos autores: por un lado, FEIJOO SÁNCHEZ quien considera que sí bien desde el punto de vista sociológico es posible identificar dinámicas o culturas colectivas o corporativas, desde el punto de vista del Derecho penal es exagerado pensar en un modelo de auto referencialidad absoluto que esté por encima de las responsabilidades individuales, especialmente cuando su fundamento radica analizar la conducta de los individuos para comprender los fenómenos delictivos de la empresa³⁸¹. A su vez FEIJOO también critica el llamado conocimiento o acción colectiva, debido a que considera que no es posible aplicar una pena de carácter colectivo, ya que la pena en contra de la persona jurídica pareciera confundirse con una especie de responsabilidad civil³⁸².

Otra crítica proviene de SILVA SÁNCHEZ, quien ataca directamente la parte esencial del modelo, es decir que las compañías puedan ser considerados como responsables de los hechos delictivos, ya que considera que no son hechos en sentido estricto de actitud criminal de grupo ni propios de un

379 GALLEGO, J.I./MODELELL, J.L. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004. p. 39-42; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. p. 156. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 171-173; ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 48; Y ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. pp. 68-70.

380 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p. 49.

381 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. p. 53-54.

382 Ibidem. p. 63.

defecto de organización³⁸³. Adicionalmente, SILVA critica que la idea de plantear un modelo por el hecho propio termina siendo una imputación por un hecho ajeno, ya que se analiza a la luz de los encargados de vigilancia y control de las actividades de la empresa³⁸⁴, es decir, siempre existirá una transferencia de la responsabilidad y no una autorresponsabilidad como tal³⁸⁵. Existen otras críticas al modelo, sin embargo, es más adecuado analizar las variantes del modelo que diversos autores han establecido con tal de que el modelo pueda salvar las dos principales críticas, citadas anteriormente.

Otros modelos de autorresponsabilidad. A la luz del modelo de autorresponsabilidad han surgido otras visiones para tratar de justificar la autorresponsabilidad, construcciones dogmáticas muy interesantes que sin duda plantean conceptos de organización empresarial nuevos y distintos para el Derecho penal clásico. Estos planteamientos nacen como respuesta a las críticas indicadas anteriormente. Entre esos submodelos destacan³⁸⁶: *responsabilidad originaria* de GUNTHER HEINE, *responsabilidad genuina* de WILLIAM LAUFER, el *modelo constructivista de autorresponsabilidad* de CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, el *modelo de defecto organizativo* de ADÁN NIETO MARTÍN y *la culpabilidad por conducción de la vida* de SILVA SÁNCHEZ³⁸⁷, los cuales se analizarán a continuación.

GUNTHER HEINE fue el primero en plantear su submodelo de autorresponsabilidad empresarial, su concepción parte del clásico concepto de dominio del hecho para adaptarlo al Derecho penal empresarial y a las características específicas de las personas jurídicas, mediante la aplicación de un concepto de dominio de la organización funcional sistemático (como base de una posición de garante), basando su concepción desde el punto de vista de la teoría de los sistemas sociales

383 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”. Rev. de Derecho Penal y Criminología: Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. 29. No. 86-87, 2008. p.134.

384 Ibidem.

385 Ibidem.

386 Existen otros autores que plantean sus respectivos submodelos como: DANNECKER con su reprochabilidad ético-social empresarial, LAMPE con la culpabilidad por el carácter de la empresa.

387 FEIJOO SÁNCHEZ critica los submodelos de GÓMEZ-JARA y HEINE al indicar que las empresas carecen de autoconciencia elemento imprescriptible para poder considerar a un sujeto penalmente responsable. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. Artículo: 2015. pp. 208-223.

autopoiéticos de LUHMANN³⁸⁸. Asimismo, considera que el dominio de la organización funcional en el Derecho penal empresarial es equivalente al dominio funcional del hecho punible en el Derecho penal individual³⁸⁹.

HEINE en su propuesta justifica la imputación de la persona jurídica desde el punto de vista de que el injusto penal se realiza por control de riesgos deficiente por parte de la empresa y esto conlleva la creación de un riesgo empresarial³⁹⁰. Ya que la empresa ostenta una posición de garante supervisor de sus riesgos, en virtud de esa posición debe ejecutar deberes de prevención y supervisión lo cual se traduce en la obligación de una comprensión adecuada de los riesgos de la empresa en su actividad y la gestión de estos y por ende la obligación de evitar delitos³⁹¹. HEINE aboga por que su modelo busca la renuncia a la constatación de que se ha producido un comportamiento defectuoso de un empleado concreto y en su lugar se debe centrar la atención en un dominio de la organización defectuosa, es decir que la empresa falló en gestionar adecuadamente los riesgos originados por su actividad; lo anterior no se realiza mediante un solo hecho u omisión de la empresa, sino mediante una inadecuada atención de los riesgos durante un largo periodo de tiempo³⁹². Siendo un claro ejemplo de autorregulación regulada.

Para HEINE el dolo de la empresa recae en la existencia de un “conocimiento colectivo” disperso en la organización o la “suma de los conocimientos”, de que los riesgos no son adecuadamente gestionados³⁹³. Asimismo, afirma que tanto la imputación objetiva y la culpabilidad penal de la persona jurídica deben situarse de acuerdo con el actuar de la propia empresa, afirmando no solo

388 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 188-189; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M/FEIJOO, B/ GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 114.

389 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M/FEIJOO, B/ GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 114.

390 HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 188 y 309; ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 263; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO L/NIETO A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 253; Y BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Bosch. 1998. p. 367.

391 HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006; Y ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 261 y 263.

392 HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 51 y 53.

393 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 141.

que existe la imputación objetiva para determinar la comisión de hechos delictivos por parte de una persona jurídica, sino que también dando pistas de cómo se deben terminar³⁹⁴.

El modelo de HEINE plantea dos características importantes de resaltar, por una parte, intentar separar completamente el concepto de culpabilidad individual de la culpabilidad de la empresa, al establecer que la culpabilidad individual se analiza por el hecho delictivo, mientras que la corporativa se analiza desde conducción de la actividad empresarial es decir por una conducción defectuosa de la actividad de la empresa a lo largo del tiempo³⁹⁵. En virtud de lo anterior el planteamiento de HEINE le otorga una gran importancia al *risk management* que la empresa debía ejecutar a lo largo del tiempo en su actividad diaria, lo cual es una importante aplicación del *compliance* en el modelo y específicamente en si la empresa es capaz de solucionar desarrollos sistemáticos defectuosos³⁹⁶.

Por otra parte, WILLIAM LAUFER plantea su submodelo de responsabilidad genuina o constructiva en el que aboga por un cambio del *strict liability* por un modelo de *duty-based liability*, mediante el establecimiento de una culpabilidad por negligencia respecto a los deberes de *due diligence*³⁹⁷. Esa culpabilidad se identifica por medio de una verificación de la culpabilidad empresarial por la existencia de un fallo organizativo. Para lograr realizar esa verificación plantea varias formas de culpabilidad que deben corroborarse para determinar la culpabilidad total: 1. *Corporate ethos* (culpabilidad por la ética corporativa) en donde la culpabilidad se analiza de acuerdo con la cultura corporativa y su puesta en práctica; 2. *Proactive corporate fault* (culpabilidad corporativa proactiva) en donde se determina la culpabilidad de conformidad con las acciones realizadas encaminadas a prevenir el delito; 3. *Reactive corporate fault* (culpabilidad corporativa reactiva) en donde se determina la culpabilidad de mediante las acciones realizadas posterior al descubrimiento

394 HEINE, Gunther. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales", en HURTADO POZO, J/DEL ROSAL BLASCO, B/ SIMMONS VALLEJO, R. (Coordinadores.) *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant lo Blanch. Artículo 2001. pp. 69.

395 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 189.

396 HEINE, Gunther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 265.

397 ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. pp. 119 y 121

del delito; y 4. *Corporate policie fault* (culpabilidad por la política corporativa) la culpabilidad se determina de acuerdo con las políticas corporativas³⁹⁸.

De igual forma, LAUFER plantea construir una nueva teoría del delito para la empresa, construyendo la culpabilidad a partir de dos elementos, las acciones primarias (empresas) y las acciones secundarias (personas físicas), mientras que la tipicidad la construye por medio de dos elementos, por una parte, el acto ilegal de la corporación y por otra parte la intención o estado mental de la empresa³⁹⁹. El estado mental lo clasifica mediante cuatro posibles escenarios: 1. *Purpose* (intención) la empresa actúa con la intención de cometer el hecho y causar un resultado determinado; 2. *Knowledge* (conocimiento) la empresa actúa teniendo conciencia (*awareness*) de que el hecho se da y del resultado que puede ocasionar; 3. *Recklessness* (imprudencia) cuando la empresa actúa pese a conocer que existe un riesgo importante que puede ocasionar un resultado, una especie de dolo eventual; 4. *Negligence* (negligencia) cuando la empresa debería tener conocimiento de un riesgo, pero no lo tiene, y esa falta de conocimiento se debe a una desviación grave del estándar de cuidado⁴⁰⁰.

GÓMEZ-JARA plantea un submodelo que tiene como característica principal la “flexibilización” de las categorías del Derecho penal clásico con el objetivo de poder imputar a la empresa⁴⁰¹. También fundamenta su análisis de la teoría de los sistemas sociales autopoieticos, mediante ese sistema, la organización empresarial comienza a desarrollar con el paso del tiempo una complejidad interna que otorga la capacidad de poder regularse, conducirse y determinarse de forma propia, lo cual se traduce en el mundo penal en la capacidad de acción de las personas físicas⁴⁰². Para el autor BERRUEZO, la complejidad no incide en la capacidad de culpabilidad de la empresa, pero sí en el

398 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 77; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp. 281-296; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. pp. 83 a 114.

399 LAUFER, William. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 69-70; LAUFER, William S/STRUDLER, Alan. “Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability”. *Rev. American Criminal Law Review*. Vol. 37. No. 4. 2000. p. 1309; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. pp. 107-108.

400 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. pp. 78-85.

401 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 272.

402 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Ed. Thomson Civitas. 2005. pp. 427-429; La STS 894/2022 de 11 de noviembre, establece que: *la responsabilidad penal de la persona jurídica gira en clave de complejidad organizativa, de manera que cabrá hablar de imputabilidad respecto de aquéllas que presenten cierto grado de complejidad, con la consecuencia de que no todas las personas jurídicas serán imputables*.

reproche, ya que según su criterio ha mayor complejidad existe una mayor obligación de auto organizarse⁴⁰³. Desde la perspectiva del mundo deportivo, esa complejidad se puede observar en la evolución que han tenido las entidades deportivas profesionales en los últimos 50 años, tal y como se analizará más adelante en el presente trabajo.

A partir de la complejidad interna, GÓMEZ-JARA cree que la culpabilidad empresarial y la individual no son iguales, pero son funcionalmente equivalentes⁴⁰⁴ y que, por lo tanto, para imputar a la persona jurídica deben establecerse elementos conceptuales funcionalmente similares a lo que se han propuesto para las personas físicas como lo son: acción, conducta, imputación objetiva, imputabilidad y culpabilidad⁴⁰⁵. GÓMEZ-JARA explica esa *funcionalidad equivalente* mediante el desarrollo de tres aspectos concretos: 1. *El rol de ciudadano corporativo que ostentan las empresas*⁴⁰⁶; 2. *La imputación objetiva se traduce en la organización empresarial defectuosa o inexistente, mientras que la imputación subjetiva en el conocimiento organizativo del riesgo empresarial*⁴⁰⁷; 3. *Mientras que la culpabilidad es la cultura empresarial de incumplimiento del derecho*⁴⁰⁸.

NIETO MARTÍN propone un modelo por defecto organizativo inspirado en la doctrina estadounidense y australiana denominada *good citizens corporations* y justificado desde una perspectiva del *traslado de los costes del delito a la empresa*⁴⁰⁹. En este modelo se imputa a la empresa cuando un hecho delictivo de un agente de ella ha sido promovido debido a un defecto

403 BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. p. 167.

403 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Ed. Thomson Civitas. 2005. p. 430.

404 Ibidem.

405 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 248-257; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Editor). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi. 2006. pp. 105-107.

406 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo. Ed. Thomson Civitas. 2005. p. 430.

407 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 107.

408 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 111, 139 y 147.

409 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO L/NIETO A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 225. Quien cataloga la propuesta de Nieto Martín como: *una propuesta pragmática interesante, pero con escasa preocupación por la fundamentación dogmática*; y NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 146.

organizativo de carácter permanente⁴¹⁰; en principio muy similar a la teoría por defecto de organización de TIEDEMANN. Sin embargo, NIETO la justifica en una obligación de la empresa a autorregularse, tomando como referencia la cada vez más amplia política legislativa en ámbitos como derecho de sociedades, administrativo, medioambiental o de prevención de riesgos laborales, las cuales abogan por una adecuada autorregulación empresarial y que puede ser adoptada en el Derecho penal, situación que TIEDEMANN considera como válida desde la perspectiva constitucional⁴¹¹.

Bajo este modelo se incentiva a que la empresa ponga en práctica un adecuado programa de *compliance*, así como que colabore en descubrir a la persona física que comete los hechos delictivos⁴¹². Mediante dicha concepción la empresa tiene un rango más amplio para ejercitar su defensa; al probar que el defecto organizativo fue de forma temporal y no de forma permanente y además si colabora con las autoridades para descubrir al responsable de los hechos. Todo ello sin que la empresa deba incurrir en sistemas de prevención de delitos altamente costosos⁴¹³. Por otra parte, NIETO recalca la necesidad de que el sistema de autorregulación regulada sea verdadero, con una adecuada intervención estatal que mida la eficacia de los programas, evitando así dejar esa tarea exclusivamente en el criterio del juez penal⁴¹⁴.

SILVA SÁNCHEZ denomina su modelo como culpabilidad por la conducción de la vida, planteando que con el paso del tiempo la persona jurídica que comete delitos se convirtió en un ser inimputable, incapaz de evitar la comisión de hechos delictivos en su seno al carecer de una adecuada organización. La culpabilidad la ubica en la suma de las situaciones, acciones y omisiones adoptadas por parte de la empresa a lo largo del tiempo⁴¹⁵. Ese modelo puede entenderse como un análisis del *actio libera in causa* aplicado a la empresa, queriendo ubicar la culpabilidad del hecho

410 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 150; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO L, Luis/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2 ed. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 226; En el mismo libro: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. p. 276.

411 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. pp. 147-148.

412 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 229. Algo muy similar a lo que se busca en la práctica en EEUU desde el *Yates Memorandum*.

413 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 148.

414 Ibidem. p. 149.

415 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. pp. 209 y 211.

delictivo de la empresa en el momento previo a convertirse en inimputable, es decir en el momento en que la empresa decidió tomar esa primera mala dirección que la condujo a convertirse en una empresa delictiva.

Lo anterior permite afirmar, que el modelo de autorresponsabilidad es el que más ha despertado el interés desde el punto de vista dogmático, con diversos planteamientos para fundamentar su viabilidad, y que no dejan de estar exentos de críticas.

5.3 Modelo mixto

Existe un tercer modelo denominado modelo mixto o modelo de determinación de la pena. Sin embargo, al contrario de los dos modelos previos su origen lo encontramos en la práctica jurídica y no en la doctrina. Como se puede percibir por su nombre, este modelo combina elementos del modelo del sistema vicarial y del sistema de auto responsabilidad, concretamente, el sistema vicarial es utilizado para la imputación del hecho delictivo, esto en razón de su facilidad para justificar dicha imputación y las pocas herramientas de defensa que otorga a la persona jurídica, mientras que, por otra parte, se utiliza el sistema de autorresponsabilidad como criterio a la hora de imponer la pena y tomar en consideración atenuantes o agravantes respecto a la sanción. Es decir, en esencia es un sistema vicarial pero que utiliza el modelo de autorresponsabilidad a la hora de imponer o determinar la pena.

Este modelo tiene consecuencias positivas para la defensa de la empresa y además respeta el principio de proporcionalidad de las penas, ya que si bien se parte de una responsabilidad objetiva propia del modelo de heterorresponsabilidad lo cierto es que la misma se puede graduar y disminuir hasta alcanzar una pena más proporcional, algo que en caso de heterorresponsabilidad ha sido muy difícil de alcanzar y ha despertado las principales críticas de dicho sistema tal y como se analizó anteriormente. Respecto a los sujetos en la empresa que pueden cometer el delito en nombre de esta, el modelo mixto propone que la empresa responde por hechos cometidos por altos directivos

que han eludido los controles y también por actos cometidos por subordinados mediante la existencia de un inadecuado control de los superiores⁴¹⁶.

Este modelo ha tenido bastante popularidad por su viabilidad práctica y por lo tanto ha sido incorporado en varios sistemas jurídicos incluido Estados Unidos de América (cuando se aplican las *Sentencing Guidelines*⁴¹⁷), en la legislación austriaca, en *Polonia, Bulgaria, Hungría, República Checa, Suecia, Lituania, Eslovenia, Chile, por nombrar algunos*⁴¹⁸.

En cuanto a la imputación, como lo destaca NIETO MARTÍN, el sistema mixto (especialmente en EE. UU.) responde a la concepción más evolucionada del modelo vicarial, ya que el hecho de conexión se justifica en un defecto de organización interna por ausencia de supervisión de un superior⁴¹⁹. Mientras que respecto a las atenuantes y agravantes se hace una importancia referencia a los modelos de *compliance* implementados en las empresas, a la cultura ética empresarial y a la posición que haya adoptado la empresa durante la investigación (*disclosure and cooperation*)⁴²⁰.

Para entender mejor el modelo mixto es adecuado analizar su vertiente práctica, por lo que se continuara con un análisis de los modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado en donde la mayoría de los países analizados responden a un modelo mixto, no sin antes tomar posición sobre los modelos de imputación.

6. Los modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado

A partir de los modelos indicados anteriormente se procederá a analizar los sistemas de responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho comparado, para lo cual se seleccionaron

416 NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 182; y NIETO MARTÍN, Adán. “Derecho Penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 29.

417 Las *Sentencing Guidelines* serán analizadas a fondo en capítulo 3 de este trabajo, dado que su contenido influye directamente en la forma de ejecutar los programas de *compliance*.

418 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way”, en CORCOY M/GÓMEZ V/MIR S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 56.

419 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 179.

420 Ibidem.

los ordenamientos más importantes en esa materia y que no pueden ser omitidos del análisis, tal es el caso de EEUU, Reino Unido, Italia (este último base del modelo español), además se ha incluido el análisis del ordenamiento suizo muy importante desde el punto de vista del ámbito concreto del deporte profesional, ya que es la sede de los entes internacionales más significativos en materia deportiva (el COI, la FIFA y gran cantidad de Federaciones Internacionales) y, por último, no se puede pasar por alto el ordenamiento francés por varios motivos, en primer lugar, su capital París y específicamente su distrito de negocios *La Défense* es la sede de 29 empresas pertenecientes al *Fortune 500* (únicamente superado en cantidad por Beijing y Tokio) y concretamente 15 de las 50 empresas más grandes del mundo tienen su sede en la capital gala⁴²¹, en segundo lugar, en 2016 se aprobó una importante reforma en materia anticorrupción (la ley *Sapin II*) que se analizará en el apartado de *compliance* y, en tercer lugar, no puede olvidarse el importante valor del ordenamiento francés a la evolución moderna del concepto de Estado, su influencia en las leyes a nivel occidental y el nacimiento de los Derechos Humanos como base de cualquier ordenamiento legal democrático, todas razones de peso para incluirlo dentro del análisis.

6.1 EE. UU.

Un análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica desde el derecho comparado no puede omitir analizar al ordenamiento de EEUU, el líder en persecución penal de empresas. En primer lugar, se debe intentar dimensionar el tamaño del derecho sancionador en EEUU, en donde no se sabe a ciencia cierta la cantidad de regulaciones que pueden sancionar administrativa o penalmente a los ciudadanos y empresas; se calculan que existen unas 300.000 regulaciones federales que podrían ser aplicadas mediante sanciones administrativas o penales con la participación de más de 200 instituciones diferentes, de las cuales existen 27.000 páginas dedicadas a sanciones de carácter penal a nivel federal que podrían llegar a contabilizar más de 3300 *delitos federales*⁴²²; a esto se le debe sumar los delitos estatales, recordando que pueden ser aplicados tanto delitos federales como estatales respecto a una misma conducta sin que exista un *non bis in idem*⁴²³.

421 Página del Gobierno de la República de Francia: “20 facts and figures that show just how much the Île de France region has to offer”. De 6 de julio de 2016 se puede consultar en inglés en el enlace: <http://www.gouvernement.fr/en/20-facts-and-figures-that-show-just-how-much-the-ile-de-france-region-has-to-offer>.

422 HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización. Los Límites del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 49.

423 Ibidem. p. 97.

Ese crecimiento desproporcionado del derecho sancionador ha sido catalogado como parte del proceso de máxima represión penal que vive Estados Unidos, asociado directamente al fenómeno denominado como *McDonalización de la justicia penal*, en el que se busca un modelo penal que cumpla con los principios de la cadena de comida rápida *McDonalds*: *eficacia mediante la satisfacción de la necesidad; cálculo en el menor tiempo posible en el servicio en este caso la justicia, previsibilidad; es decir, la no existencia de sorpresas en el proceso penal y control sobre los sujetos y las resoluciones judiciales*⁴²⁴. Lo anterior, en la práctica tiene como resultado un proceso penal expedito que busca llegar a acuerdos de forma expedita y evitar el juicio⁴²⁵, con la consecuencia negativa que, en muchos casos, personas inocentes se declaran culpables debido a la imposibilidad de luchar contra el sistema y poder probar su inocencia⁴²⁶. Este modelo de penalización máxima ha sido no solo implementado en el Derecho penal de personas físicas, si no que en los últimos años ha sido utilizado de la misma forma para las personas jurídicas. Situación que no debería existir según los principios de un derecho penal democrático.

La responsabilidad penal de las corporaciones en el derecho estadounidense es un concepto con una larga tradición y se encuentran más que arraigado a dicho sistema jurídico, sin embargo, esto no siempre fue así, ya que Estados Unidos fue fundado bajo una atmósfera cargada de ideas protestantes y propias del liberalismo que abogaban por poca o nula intervención por parte del estado en la actividad comercial, lo que desencadenó en que durante buena parte de la historia de Estados Unidos existió muy poca intervención estatal, ya que incluso carecería de sistema de una administración pública como la que posee hoy en día. Esto repercutió en los primeros pasos del Derecho penal en EEUU no se contemplaba la posibilidad de imputar penalmente a una persona jurídica (*legal entity*) y que incluso fuese difícil imputar penalmente a las personas físicas⁴²⁷.

A partir del año 1850 se dan diversos hechos que cambian el panorama sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica en Estados Unidos; se da inicio desde la academia a un cuestionamiento del sistema empleado a raíz de una necesidad desde el punto de vista político-criminal, ya que se dio un significativo aumento en el tamaño de las empresas en todo el país, una importante

424 RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y Derecho. Una exploración Jurídico-Penal*. Ed. Comares. 2004. p. 202-214.

425 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p.9.

426 Ibidem.

427 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 64.

especialización dentro de las mismas y la adopción de modelos de organización cada vez más verticales en donde debido a la delegación de funciones, era cada vez más difícil de rastrear la toma de decisiones, lo que tenía como consecuencia que cada vez fuese más difícil la persecución penal de sus miembros por hechos delictivos⁴²⁸.

Los cambios desde el punto de vista de la legislación se adoptaron 40 años más tarde por medio de diferentes normas federales, entre ellas *Sherman Antitrust Act* de 1890, la *Elkins Act* de 1903 y la *Federal Food and Drugs Act* de 1906, todas estas nuevas normas federales establecieron distintas prohibiciones y obligaciones a las empresas⁴²⁹; lo anterior tuvo como resultado un primer límite en el liberalismo tajante que había distinguido a Estados Unidos de América en su primer siglo de historia, para dar paso a un sistema cada vez más intervencionista y regulador, lo cual lo hacen sumamente complejo de analizar cómo se pondrá en evidencia a continuación⁴³⁰.

Los hechos anteriormente indicados, llevaron a que en el año 1897 se responsabilizara a una empresa por el actuar delictivo de sus empleados en el caso *Coleman vs. Mills*⁴³¹. Sin embargo, este primer caso no fue la consagración total de dicho criterio, ya que durante la siguiente década hubo jurisprudencia contradictoria sobre el tema. Fue a inicios de los años 1900 cuando, utilizando como base el trabajo de BISHOP, la Corte Suprema de Justicia dictó la ya mencionada sentencia *New York Central & Hudson River Railroad Company, Plff. In Err. Vs. United States*, de 23 de febrero de 1909, en la cual se aceptó la imputación de personas jurídicas en el Derecho penal de Estados Unidos, además de que se establecieron las bases del modelo de imputación que se debía seguir, ya que dicha sentencia estableció las bases del sistema de imputación conocido como *respondeat superior* (*vicarious liability*). Por otra parte, desde 1906 existe una importante jurisprudencia que establece que las personas jurídicas no tienen derecho a la no autoincriminación (*self-incrimination privilege*), ya que la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha determinado que dicho

428 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 181; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 56; ADLER, F/MUELLER, G.O/W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta ed. Ed. McGraw Hill. 2004. p. 333; LAUFER, W/STRUDLER, A. “Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability”. *Rev. American Criminal Law Review*. Vol. 37. No. 4. 2000. p. 1296.

429 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 41.

430 Pero ninguna de estas leyes establecía la responsabilidad penal de la persona jurídica.

431 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. Tesis doctoral: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada. 2012. p. 150.

derecho solo aplica a las personas físicas⁴³², lo que marca el primer paso para considerar a las empresas como sujetos penalmente responsables en el año 1909.

Respecto al fundamento de la sanción de la PJ, el desarrollo jurisprudencial ha logrado determinar que ese tipo de sanción es la forma más efectiva de que los representantes de las empresas se abstengan de cometer delitos, ya que al afectar la multa directamente a los accionistas, estos se verán en la obligación de influir directamente en los administradores para evitar la comisión de delitos; mediante la sanción a la persona física difícilmente un accionista se verá castigado⁴³³. Los fines están basados en el sistema de Estados Unidos y que se encuentran establecidos por la legislación: *un castigo adecuado; que sea disuasorio; que incapacite y que rehabilite*⁴³⁴.

En 1939 se dio el caso *Dollar S.S Co. vs. United States* en el que se planteó la aplicación del modelo de autorresponsabilidad penal empresarial (*Corporate Strict Liability*) al aceptarse la defensa de la empresa que indicaba que se habían tomado todas las medidas para evitar la comisión de delitos como el que se realizó⁴³⁵. Sin embargo, dicha doctrina y jurisprudencia son consideradas como minoritarias. En la década de 1940 la jurisprudencia norteamericana dio paso a plantear un nuevo modelo de imputación penal de la PJ, mediante la adopción de un modelo más amplio que permitiera imputar con mayor facilidad a las empresas, debido a que cada vez era más recurrente los casos especialmente en grandes corporaciones en los que la persona física no era identificable y por ende no podían ser satisfechos los elementos de la responsabilidad vicarial⁴³⁶; llevando a escenarios en donde las empresas podrían crear gran cantidad de departamentos para alegar desconocimiento de los hechos o de quien tomó la decisión que conllevó al hecho delictivo⁴³⁷. Además, este tipo de escenarios pueden darse con bastante facilidad en caso de fusiones o adquisiciones de empresas.

432 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Hale vs. Henkel*, 201 U.S 43, de 12 de marzo de 1906; sobre esto: NEIRA PENA, Ana María. “Corporate Criminal Liability: tool or obstacle to prosecution”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 197.

433 The Yale Law Journal. Vol. 36. No. 6. Abril 1927. EDGERTON, Henry. *Corporate Criminal Responsibility*. p. 835.

434 *Sentencing Reform Act* de 1984, 18 US Code, artículo 3553. a.2: “*Just punishment, deterrence, incapacitation and rehabilitation*”.

435 Corte de Apelaciones del noveno Circuito de los Estados Unidos de América, caso *Dollar S.S Co v. United States*, 101 F.2d 638, de 23 de enero de 1939. Sobre esto: ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. p. 117.

436 Cabe recalcar que esta fue la primera década de análisis respecto a las estadísticas de los delitos de las empresas por parte de Edwin Sutherland en su obra *White Collar Crimes*, citada en el primer capítulo de este trabajo.

437 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 179.

En virtud de lo anterior, el juzgador norteamericano aceptó la aplicación de la doctrina *collective knowledge* (también conocida como conocimiento colectivo o de agregación) en casos de infracción a la *Interstate Commerce Act*⁴³⁸. Por medio de la aplicación de esa doctrina se permite imputar a la persona jurídica mediante la suma de conocimientos colectivos de algunos de sus empleados sobre los hechos imputados, es decir sumando los conocimientos repartidos de todos los empleados se forma el conocimiento colectivo y por medio de ese se puede demostrar la culpabilidad de la persona jurídica⁴³⁹, impidiendo así que la empresa evada su responsabilidad por los hechos delictivos, ya que la determinación de la culpabilidad se centra en analizar el rol que las estructuras, las políticas y procedimientos de la compañía (la cultura corporativa en general) y como las mismas no pudieron detener la comisión del delito⁴⁴⁰. La doctrina de *collective knowledge* es sin duda el modelo más criticado, por lo que se ha convertido también en el menos utilizado y aceptado por los juzgadores norteamericano⁴⁴¹, aun así, algunos tribunales continúan aplicándola⁴⁴².

Retomando el modelo del *respondeat superior*, en 1963 la Corte Suprema de Justicia de EEUU aceptó el uso de dicho modelo como medio para la imputación penal de la persona jurídica, hecho que marcó uno de los más importantes cambios jurídicos en la historia de dicho país en materia

438 Corte de Apelaciones del Octavo Circuito de los Estados Unidos de América, caso *Riss & Company Inc. Vs. United States vs Fred A. Co.*, 262 F. 2d 245, de 31 de diciembre de 1958. Corte de Apelaciones del Decimo Circuito de los Estados Unidos de América, caso *Inland Freight Lines vs. United States.*, 191 F.2d 313, de 3 de octubre de 1951. En este ultimo caso la Corte realizó la siguiente afirmación: *No single agent or representative in the offices of the company had actual knowledge of their conflicts and falsities. But one agent or representative had knowledge of the material contents of the logs, and another had knowledge of the material contents of the reports. And the knowledge of both agents and representatives was attributed to the company.*

439 Sobre esto: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 244; TOLVANEN, Matti. “Trust, Business Ethics and Crime Prevention. Corporate Criminal Liability in Finland”. Fudan Law Journal, No. 4, 2009. p. 7; VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 218 y 230; BLUMBERG, P/GEORGAKOPOULOS, N/GOUVIN, E/STRASSER, K. *Blumberg on Corporate Groups*. 2da ed. Ed. Wolters Kluwer. 2016. pp. 107-38; ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 84; LAUFER, William. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 71; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 48; Jurisprudencia al respecto: Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Pensilvania, caso *United States vs. LBS Banknew York, INC.* 757F. Supp. 496, de 25 de julio de 1990. Corte de Apelaciones del Primer Circuito de los Estados Unidos de América, caso *United States vs. Bank of New England*, 821 F.2d 844, de 10 de junio de 1987.

440 TOLVANEN, Matti. “Trust, Business Ethics and Crime Prevention. Corporate Criminal Liability in Finland”. Fudan Law Journal, No. 4, 2009. p. 7.

441 Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito de Connecticut, caso. *United States vs. United Technologies Corp.* 51F. Supp. 2d 167, de 7 de junio de 1991.

442 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 49.

penal⁴⁴³. La Corte Suprema en su resolución estableció que el modelo utilizado basado en la responsabilidad por el hecho ajeno era acorde a la Constitución de los Estados Unidos y al debido proceso⁴⁴⁴. Dicha doctrina se ha extendido hasta establecer que el superior será el responsable de daños causados por sus agentes en el desarrollo de sus actividades por falta de vigilancia⁴⁴⁵, incluso cuando se trate de empleados pertenecientes a filiales de la empresa⁴⁴⁶.

Esa extensión en la imputación, producto de la doctrina del *respondeat superior*, ha sido muy criticada, ya que dicho modelo permite responsabilizar a la empresa sin importar si se está en presencia de un acto cometido por un empleado de nivel bajo o medio y además sin importar si actuó de forma contraria a las políticas empresariales e incluso si el comportamiento fue condenado y prohibido por la alta dirección⁴⁴⁷. Sin embargo, ese último escenario ha permitido argumentar los elementos atenuantes, mediante los cuales la empresa puede demostrar que el empleado actuó de forma contraria a la política empresarial (ética corporativa), a las instrucciones expresas dadas por los superiores y en general a lo establecido por el programa de *compliance*⁴⁴⁸. Pero lo más importante, es que la empresa sea capaz de demostrar que realizó todos los esfuerzos a su alcance para prevenir la comisión de delitos por parte del empleado⁴⁴⁹; en caso de lograr demostrar lo anterior la empresa podrá beneficiarse con una importante atenuante en su condena. Es aquí donde nace el interés y la importancia de los programas de *compliance* dentro de las empresas como parte

443 Doctrina originalmente utilizada en el derecho civil de daños (*torts law*).

444 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 129-130, 196.

445 Ibidem. p. 170.

446 Tribunal de Distrito de los Estados Unidos para el Distrito Este de Pensilvania, caso *United States vs. Johns-Manville Corporation*, 231F. Supp. 690, de 31 de diciembre de 1963. En donde se expresa: “*The corporate existence of the subsidiaries apart from the parent was mere form and the agents of the subsidiaries acted as agents for the parent, all of the corporations being one unitary Enterprise*”. Siempre y cuando exista un control de los directivos de la empresa principal respecto a la labor de los empleados de la filial. Sobre esto: VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 182 y 183. BLUMBERG, P/GEORGAKOPOULOS, N/GOUVIN, E/STRASSER, K.. *Blumberg on Corporate Groups*. 2da ed. Ed. Wolters Kluwer. 2016. pp.107-36.

447 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 31.

448 Corte de Apelaciones del Sexto Circuito de los Estados Unidos de América, caso *Holland Furnace Co. vs. United States.*, 158 F.2d 2, de 4 de diciembre de 1946. En dicha sentencia se analizó diferentes boletines que la empresa había distribuido entre sus empleados en donde se ponía de manifiesto la cero tolerancia de la empresa respecto a prácticas delictivas por parte de sus empleados. Esto llevo a la Corte de Apelaciones a absolver a la empresa del delito cometido por un empleado. Sin embargo, la jurisprudencia posterior no fue tan benevolente a la hora de apreciar elementos de defensa de las empresas, ya que se aplica el criterio de que las empresas deben hacer todos los esfuerzos necesarios para evitar que sus empleados cometan delitos, sobre esto: VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 202-212. Pese a esto Gómez-Jara afirma que la empresa puede lograr evitar la responsabilidad penal si prueba la diligencia debida por parte de los supervisores a cargo. Sobre esto GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 51.

449 HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 215-217.

de una adecuada ética empresarial encaminada a detectar y prohibir los hechos criminales por parte de los empleados y en donde se ratifica el modelo mixto de imputación penal en Estados Unidos de América.

Siguiendo con la cronología histórica, entre los años 1960-1970 el Derecho administrativo cambió de forma radical en los EEUU, pasando de un modelo de liberalismo que había caracterizado a dicho país desde su fundación, para pasar a un modelo de Derecho administrativo sumamente amplio con una amplia regulación federal y con un número importante de agencias federales encargadas de su aplicación⁴⁵⁰; esto como una etapa expansiva que se mantiene hasta nuestros días. Una importante vertiente de dicho Derecho administrativo es la referente a controlar la economía y a los agentes que intervienen en ella⁴⁵¹. A partir de ahí, se desencadenó en un aumento en las sanciones (tanto administrativas como penales) aplicables a las empresas y, por consiguiente, en la primera etapa del *compliance* como cumplimiento de sectores regulados de la economía. Resulta importante indicar, que esa tendencia de expansionismo regulatorio no solo se limitó al Derecho administrativo, ya que también afectó a la industria del deporte semiprofesional y profesional, en virtud de que las federaciones deportivas en los Estados Unidos (entres privados) cuentan también con una amplia y estricta regulación, tal y como se analizará más adelante.

Ahora bien, la nueva etapa el derecho administrativo sancionador no fue suficiente para este nuevo sistema de control estatal ni para los altos objetivos que se proponía el gobierno; lo que tuvo como consecuencia que el legislador se viera en la necesidad de recurrir a la aplicación del Derecho penal como mecanismo de control de los sectores económicos especialmente mediante la aplicación de la FCPA (segunda etapa del *compliance* o etapa del *compliance* anticorrupción⁴⁵²) y *diversas sanciones penales creadas para castigar el incumplimiento de las regulaciones sectoriales*⁴⁵³.

450 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 134.

451 Ibidem.

452 Otro importante hecho histórico en la expansión de la lucha anticorrupción en los Estados Unidos, fue producto del famoso caso *Watergate* (que sí bien se trató de delitos relacionados con espionaje concretamente escuchas telefónicas (*wiretapping*) y robo de documentos (*burglary*)), ya que tuvo consecuencias profundas en el sistema norteamericano y en su campaña anticorrupción, desde la consecuencia política más grave con la renuncia del presidente Richard Nixon hasta un análisis profundo de la forma de hacer negocios por parte de las empresas norteamericanas en el mundo; este último aspecto analizado puso de manifiesto la cultura de corrupción de las empresas norteamericanas, las cuales acostumbraban pagar sobornos en el extranjero con el propósito de asegurar sus negocios fuera de Estados Unidos. Como consecuencia de lo anterior, Estados Unidos se convirtió en el líder mundial en los esfuerzos para combatir el soborno y la corrupción, con la condena de noventa y nueve empresas por casos de corrupción en los años 70.

453 Un ejemplo de esas herramientas del Derecho penal es el *Model Penal Code* (Código Penal Modelo) el cual establece tres escenarios para la imputación de la PJ: 1. Cuando el delito está definido por un estado diferente al Código Penal Modelo en el cual

Si bien es cierto, la responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema anglosajón data de inicios del siglo XX y podría considerarse como un elemento del Derecho penal plenamente arraigado, lo cierto es que la FCPA de 1977 marcó una nueva era en la persecución penal de las empresas, esa normativa será analizada más adelante. Esta nueva era llegó a su máximo apogeo a partir de los años noventa cuando se dio una expansión en la persecución penal de las corporaciones, además de la aplicación de lo que algunos autores consideran penas cada vez más draconianas⁴⁵⁴; en general esta etapa de la persecución penal de empresas es conocida como la “Golden Age of White collar Crime Prosecution”⁴⁵⁵.

existe el propósito legislativo de imponer responsabilidad penal a las empresas cuando el agente actuó en representación y beneficio de la empresa y además en el marco de sus funciones, 2. El delito consiste en la omisión de la ejecución de un deber específico impuesto a las empresas por una ley, y 3. El delito fue autorizado, pedido, ordenado, realizado o tolerado por la junta directiva o por un alto cargo gerencial de la empresa. Model Penal Code de los Estados Unidos de América. Sección 2.07(1): *Liability of Corporations, Unincorporated Associations and Persons Acting, or Under a Duty to Act, in Their Behalf. (1) A corporation may be convicted of the commission of an offense if: (a) the offense is a violation or the offense is defined by a statute other than the Code in which a legislative purpose to impose liability on corporations plainly appears and the conduct is performed by an agent of the corporation acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment, except that if the law defining the offense designates the agents for whose conduct the corporation is accountable or the circumstances under which it is accountable, such provisions shall apply; or (b) the offense consists of an omission to discharge a specific duty of affirmative performance imposed on corporations by law; or (c) the commission of the offense was authorized, requested, commanded, performed or recklessly tolerated by the board of directors or by a high managerial agent acting in behalf of the corporation within the scope of his office or employment*; Sobre esto: JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 33. El último escenario está pensado para casos de delegación en la toma de decisiones a funcionarios del nivel más bajo.

454 LAUFER, William S. “Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance”. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1344.

455 ADLER, F/MUELLER, G.O/ W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta ed. Ed. McGraw Hill. 2004. p. 333. Esta llamada *era dorada*, ha estado también marcada por un aumento en la persecución penal internacional por parte de las autoridades norteamericanas. Lo anterior debido a un importante cuestionamiento que recibió el gobierno norteamericano de parte de las empresas de ese país, y es que si bien las empresas norteamericanas habían abandonado países con altos índices de corrupción, sus puestos en dichos países habían sido ocupados por empresas alemanas, holandesas, italianas, francesas y británicas; es decir las empresas de dichos países seguían cometiendo actos de corrupción sin ningún reparo, mientras que las empresas norteamericanas debían de invertir grandes cantidades de dinero en prevenir la corrupción. Continuando con el análisis histórico, el inicio del siglo XXI estuvo marcado por importantes escándalos de delincuencia económica en los EEUU como lo fueron los llamados casos: WorldCom, Enron/Arthur Andersen, y AIG, por citar algunos; como consecuencia directa de lo anterior en el año 2002 fue aprobada la *Sarbanes-Oxley Act* que tiene como objetivos regular a las empresas que cotizan en bolsa, lo cierto es que el efecto fue aún mayor, convirtiéndose en dos herramientas sumamente poderosas para que las autoridades puedan combatir todo tipo de criminalidad económica dentro de las empresas además de promover los programas de *compliance* y fortalecer la aplicación de la FCPA. En el mismo año 2002 el Presidente George W. Bush creó la llamada *Corporate Fraud Task Force*, un grupo de acción compuesto por el director del *FBI*, los fiscales asistentes de las divisiones penal y de impuestos (*Assistant Attorney General*) así como varios fiscales jefes de distintos distritos de EEUU (*United States Attorneys*). Durante su primer año en funcionamiento ese *Task Force* logró más de 250 condenas por delitos económicos cometidos por empresas. Sobre el caso Enron/Arthur Andersen: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. pp. 51-55; *The President’s Corporate Task Force*: <https://www.justice.gov/archive/dag/cftf/membership.htm>; *Corporate Fraud Task Force. “First Year Report to the President”*. 22 de julio de 2002. p. 2.2. Cabe destacar que en Estados Unidos los fiscales no formularan una acusación (*prosecution*) a menos que tengan las pruebas suficientes para asegurar una condena, *U.S Attorneys’ Manual (USAM)*. (1997). 9-27-200 “*Initiating and declining prosecution-probable cause requirement*”. 9-27-220 “*Ground for commencing or declining prosecution*”. Es por esa razón que el porcentaje de condenas de los casos que llegan a juicio es sumamente alto; además el caso tiene que representar un interés federal de importancia para que la persecución penal se inicie, *U.S Attorneys’ Manual (USAM)*. (1997). 9-27-220 “*Ground for commencing or declining prosecution*”, este interés en el caso de persecución penal de corporaciones está representado por: 1. *Proteger la integridad del mercado económico mediante el cumplimiento de la ley*, 2. *Proteger a consumidores, inversores y entidades de negocios de competidores desleales que adquieren una mejor posición en el mercado*

Retomando propiamente la responsabilidad penal de la persona jurídica en EEUU debe destacarse una característica y es que no existe un catálogo determinado de delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica como sí sucede en otras jurisdicciones, como la española (catálogo de *números clausus*), sin embargo, existen delitos que la doctrina y la jurisprudencia ha entendido que no pueden ser cometidos por una persona jurídica, como por ejemplo: agresiones sexuales, bigamia y asesinato (doloso, ya que por homicidio imprudente sí pueden ser condenadas)⁴⁵⁶. Esta escasa selección negativa de tipos penales que no puede cometer la persona jurídica sumado a que el *U.S Code* en su título I establece que podrán ser responsables penalmente tanto personas físicas como personas jurídicas (*legal entities*) y la dificultad de establecer un catálogo definido de delitos por los cuales puede responder una persona jurídica⁴⁵⁷, tienen como efecto que las empresas estén expuestas a importantes riesgos penales.

Ahora bien, para poder imputar a una persona jurídica, los fiscales deben identificar una serie de elementos⁴⁵⁸:

- I. La gravedad del delito investigado.
- II. Conocimiento amplio dentro de la empresa de un acto contrario a la legislación (*pervasiveness of the wrongdoing within the corporation –culpabilidad-*): se evalúa si el actuar delictivo de la empresa era una actividad conocida por varios empleados o si era dirigido por la dirección de la empresa, si por lo contrario se está en la presencia de un hecho aislado y cometido únicamente por un solo empleado no se procederá a imputar a la empresa⁴⁵⁹.

violando la ley, 3. Prevenir la violación de leyes ambientales, 4. Desalentar prácticas de negocios que pudieran permitir la competencia desleal con un costo para el consumidor, *U.S Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-010 "Foundational Principles of Corporate Prosecution". Explicado también por: HEINE, Gunther. "La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006.

456 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 73 y 75. En esta última página la autora se manifiesta en contra de prohibir tajantemente la responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos de homicidio, haciendo referencia a un ejemplo en el que una empresa mate a indígenas en el Amazonas para así poder explotar recursos naturales en la zona.

457 Ibidem. pp. 154-155 y 158.

458 DOYLE, Charles. Informe: *Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law*. Preparado para los Miembros y Comités del Congreso de los Estados Unidos de América. 30 de octubre de 2013. *Congressional Research Service*. p. 9. y The McNulty Memorandum de 12 de diciembre de 2006 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, sobre esto: O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. pp. 186-188.

459 *U.S Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-500.

- III. Récord histórico de mala conducta de la empresa (*the corporation's history of misconduct*): se espera que las empresa al igual que las personas aprendan de sus errores, un historial de conducta delictiva puede ser utilizado como prueba de la mala cultura corporativa o por el contrario la no existencia de condenas penales puede ser un buen indicio de que la empresa aplica una adecuada conducta corporativa; es por esto que se toma en consideración procesos penales previos pero también se consideran demandas civiles y sanciones administrativas, para esto se toma en consideración el récord tanto de la empresa como de las distintas subsidiarias⁴⁶⁰.
- IV. La autodenuncia oportuna de la corporación a las autoridades de la existencia de hechos delictivos de forma oportuna y voluntaria (*the corporation's timely and voluntary disclosure of wrongdoing*)⁴⁶¹.
- V. La cooperación de la corporación en la investigación y la ausencia de obstrucción (*the corporate's cooperation and absence of obstruction*): se valora positivamente si la empresa decide cooperar en la investigación⁴⁶², sin embargo, se respeta si la empresa acoge una conducta neutra respecto a la investigación, tal y como lo haría una persona física al ser investigada, siempre y cuando no exista obstrucción de la investigación por parte de la empresa⁴⁶³.
- VI. La existencia y la efectiva aplicación de programas de *compliance* (*the existence and performance of Compliance programs*)⁴⁶⁴.
- VII. La restitución del daño ocasionado (*restitution*): que no solamente conlleva el pago del daño causado, sino que también conlleva el reconocimiento de la gravedad de la conducta delictiva y la responsabilidad de esta, además de la adopción de las medidas necesarias para evitar que suceda nuevamente⁴⁶⁵.

460 *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-600.

461 *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-720.

462 O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3ra ed. Ed. Thomson West. 2007. p.191; LAUFER, William S. "Corporate prosecution, cooperation and trading of favors". *Iowa Law Review*. Vol. 87. No. 2. Enero 2002. p. 651.

463 *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-700, 9-28-710, 9-28-730. Cabe destacar que en los casos de investigación de delitos de empresa el privilegio de confidencialidad abogado-cliente se ve afectado, ya que las empresas suelen poner a disposición del Departamento de Justicia toda la documentación existente entre ambos, antes de que la misma sea solicitada por las autoridades del Departamento de Justicia. Sobre esto: O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. pp. 191-193.

464 *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-800.

465 *U.S. Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-1000; DOYLE, Charles. Informe: "Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law". Preparado para los Miembros y Comités del Congreso de los Estados Unidos de América. 30 de octubre de 2013. *Congressional Research Service*. pp. 26-28.

En los últimos años, en la práctica de la persecución penal de las empresas han tomado bastante fuerza y fama los DPA (*deferred prosecution agreements*, acuerdos de persecución diferida) y los NPA (*non prosecution agreements*, acuerdos de no persecución⁴⁶⁶), los cuales fueron establecidos mediante *Speedy Trial Act* de 1974⁴⁶⁷. Los NPA y los DPA son acuerdos a los que llega la empresa con la fiscalía para detener o suspender la persecución penal, los cuales se encuentran condicionados al pago de multas y a la aplicación de medidas de reforma estructural de las empresas, que en muchos casos incluyen reformas en los programas de *compliance* de las entidades⁴⁶⁸, estos quedan a la discrecionalidad de cada fiscal⁴⁶⁹. Es importante indicar, que los fiscales tienen un amplio margen de discrecionalidad para decidir sobre los procesos y el establecimiento de NPA's o en el caso de personas físicas de *plea bargain's*, todo esto ha llevado a que se cuestione la aplicación y respeto del principio de legalidad en el sistema⁴⁷⁰.

Por otra parte, la aplicación de los DPA y NPA ha tenido como consecuencia una disminución considerable de la cantidad de casos que llegan a juicio contra PJ y por supuesto del número de condenas⁴⁷¹. Como resultado: ahorro en el costo de un juicio (ahorro tanto para la empresa como

466 466 La diferencia entre ambos es que los *deferred prosecution agreements* conllevan un proceso más complejo de investigación e incluso de presentación de la acusación además de una validación por parte del juez del acuerdo de no persecución, mientras que los NPA'S son un acuerdo entre la fiscalía y la empresa investigada sin la existencia de un documento firmado por el juez y sin la necesidad de una investigación tan amplia. DOYLE, Charles. Informe: "Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law". Preparado para los Miembros y Comités del Congreso de los Estados Unidos de América. 30 de octubre de 2013. *Congressional Research Service*. p. 12; y VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 364-365; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 298.

467 *Speedy Trial Act de 1974* De los Estados Unidos de América, 18 USC § 3161 (h)(2).

468 GARRETT, L/MITCHELL, G. "Testing Compliance". Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p.60.

469 El capítulo 4 de *The McNulty Memorandum* de 12 de diciembre de 2006 del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América permite la incorporación de los *plea bargain* en procesos seguidos contra persona jurídicas.

470 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 60; ISHII, Yurika. "On law enforcement through agreements between US regulatory authorities and foreign corporations", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. pp. 237 a 240; y KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 55-56. Sobre la discrecionalidad que ostentan los fiscales en EEUU para decidir si persiguen o no empresas: Corte Suprema de Justicia De Los Estados Unidos De América, *caso Wayte vs. United States*, 470 U.S 598, de 19 de marzo de 1985.

471 El 95% de los casos penales en contra de personas jurídicas se resuelven mediante *plea bargain*. Sobre esto: O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p.106. Esta discrecionalidad que ostentan los jueces ha sido duramente criticada, especialmente después del famoso caso del Banco HSBC, que fue investigado por colaborar con pleno conocimiento en el blanqueo de cientos de millones de dólares provenientes de carteles de la droga mexicanos, en este caso la fiscalía decidió no procesar al banco ni a sus autoridades pese a la gravedad de los hechos y a existir basta prueba que acreditaba los hechos y aceptar el pago de 1900 millones de dólares entre multas, daños y honorarios el motivo de la decisión de la fiscalía es que una eventual persecución penal contra el banco tendría nuevamente efectos perjudiciales en la economía mundial, sobre lo anterior: Ed. del periódico New York Times "Too big to indict". 11 de diciembre de 2012. También reportaje del medio New York Times "HSBC to pay record fine to settle money-laundering charges". De 11 de diciembre de 2012; VILLEGAS GARCÍA,

para el Estado), aplicación de medidas de reforma estructural de la empresa y de fiscalización que no podrían ser decretadas mediante una sentencia penal⁴⁷². Asimismo, los efectos de los DPA y NPA han sido duramente criticados, ya que el DOJ ha establecido casi como obligatorio que las empresas nombren personas encargadas de monitorear, pero esos monitores son seleccionados por el mismo DOJ, entidad que ha nombrado monitores de empresas al menos a 30 exfiscales y oficiales del gobierno, que en algunos casos ganarán salarios de millones de dólares⁴⁷³. Todo lo anterior sin el control de un juez⁴⁷⁴, y que es un claro ejemplo de *revolving doors*.

En resumen y a grandes rasgos se puede decir que el modelo responsabilidad penal de la persona jurídica de EEUU es un sistema mixto, en donde la imputación se aplica de acuerdo con los postulados de la heterorresponsabilidad, mientras que la aplicación de la pena es propia de un sistema de autorresponsabilidad pero con un margen amplio de discrecionalidad por parte de los fiscales que les permite incluso aplicar aspectos propios de la autorresponsabilidad para evitar ir a juicio mediante los NPA y DPA, a partir de esto se tiene repercusiones directas en los programas de *compliance* como se analizará en el capítulo específico sobre el tema.

Como se mencionó previamente, las empresas también pueden ser perseguidas penalmente de conformidad con la FCPA, legislación que busca prevenir y castigar el soborno transnacional. En ese sentido las empresa sujetas a esa ley son: *empresas que cotizan en la bolsa norteamericana*,

María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 367; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 41.

472. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 80; Sin embargo, y pese a la utilidad práctica de los NPA's, desde el año 2015 y por medio del *Yates Memorandum* se ha recobrado la importancia de imputar a las personas físicas que han cometido los hechos delictivos. Premisa que ha sido reafirmada por Lisa Monaco, actual *Deputy Attorney General* de los Estados Unidos y que afirmó que los DPA y NPS's no podrán ser utilizados de forma abusiva por las empresas. Sobre lo anterior: *Yates Memorandum* en el que se recuerda a los fiscales la importancia de perseguir penalmente a las personas físicas en casos de delincuencia empresarial. *U.S Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General Sally Quillian Yates*, memorandum titulado: *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* de 9 de septiembre de 2015. Se puede consultar en <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. Lo anterior tiene importantes consecuencias en la forma en que las investigaciones internas deben realizarse. El Deputy Attorney General Rod Rosenstein anunció en noviembre de 2018 una revisión al Yates Memorandum para buscar una flexibilización de los criterios para poder negociar DPA's y NPA's con las autoridades. Sobre esto: Despacho Sullivan & Cromwell LLP, clients alert: "Deputy Attorney General Rod Rosenstein announces revisions to Yates Memo". De 30 de noviembre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.sullcrom.com/files/upload/SC-Publication-Deputy-Attorney-General-Rod-Rosenstein-Announces-Revisions-to-Yates-Memo.pdf>; Conferencia del 28 de octubre de 2021, 36th *Institute on White Collar Crimes*, organizado por *American Bar Association*. Miami, Florida, Estados Unidos de América. Lisa Monaco también indicó que se valorará cuidadosamente las situaciones de cada persona señalada por las empresas para determinar objetivamente si deben o no ser imputados. (El autor estuvo presente en esa conferencia).

473 ALSCHULER, Albert. "Two Ways to think about the Punishment of Corporations". *American Criminal Law Review* 46, 2009. pp. 1384 y 1385.

474 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. pp. 9-10.

*empresas con domicilio en Estados Unidos de América; ciudadanos y residentes estadounidenses (se contempla a las subsidiarias); empresas o funcionarios que sin estar domiciliados en Estados Unidos estén involucrados en prácticas corruptas que hayan sido prometidas, ofertadas o autorizadas mientras actúen en territorio de los Estados Unidos; los terceros o agentes que representen a cualquiera de las tres categorías anteriores; y por ultimo cuando cualquier agente de la empresa utilice un servidor de correo, llamadas telefónicas, faxes, correo postal para prometer o ponerse de acuerdo en un acuerdo de corrupción o el sistema bancario estadounidense para realizar pagos de corrupción*⁴⁷⁵, es por esto que se considera que tiene un importante componente de extraterritorialidad⁴⁷⁶. Pese a la antigüedad de la ley, fue a partir del año 2000 cuando la FCPA se convirtió en la herramienta legal más importante de las autoridades norteamericanas para combatir el soborno de agentes públicos extranjeros (*foreign officials*)⁴⁷⁷, motivado principalmente por la interpretación tan amplia respecto al “punto de conexión” del ilícito con los EEUU.

Por interpretación se ha entendido que deben analizarse cuatro elementos indispensables para que se pueda considerar un hecho como corrupción de conformidad con la FCPA (elementos objetivos y subjetivos del tipo): 1. Debe existir un soborno (o promesa u oferta e incluso plan de) que no necesariamente debe ser un pago de dinero, pueden ser otro tipo de beneficios de valor⁴⁷⁸; 2. Debe sobornarse a un funcionario público extranjero (la definición de “*public official*” es bastante

475 Sobre todos los sujetos a los que se le puede aplicar la FCPA: HERNÁNDEZ, María. “Políticas Anticorrupción”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 156; DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO. “El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (compliance programs)”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. pp. 538 y 540; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. A practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white-collar criminal practitioners*. 4ta ed. Ed. American Bar Association. 2015. pp. 57-58.

476 Por ejemplo: 1. En el caso *Magyar Telecom (Hungria)* las autoridades norteamericanas dispusieron que los correos electrónicos enviados por un ejecutivo de la empresa pasaron, se almacenaron y se transmitieron por medio de servidores ubicados en los EEUU, 2. En el caso de la compañía *Brigestone (Japón)* empleados de la compañía recibieron y enviaron e-mails y faxes desde y hacia EEUU relacionados con el pago de sobornos a funcionarios públicos en latino américa, 3. Caso *Tenaris (Luxemburgo)* pago de sobornos a funcionarios públicos de Uzbekistán a través de un banco intermediario ubicado en Nueva York. Sobre esto: KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 115.

477 GARRETT, L/MITCHELL, G. “Testing Compliance”. *Law and Contemporary Problems*, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p. 61.

478 Respecto al como mero hecho de que un plan de soborno pueda generar una condena ver el caso: Corte de Apelaciones del octavo circuito de los Estados Unidos de América, caso *United States v. Robert Richard King*, 351 F.3d 859, de 15 de diciembre de 2003. En dicho caso una empresa norteamericana, que deseaba construir un puerto en la costa caribeña de Costa Rica y un canal seco que atravesará Costa Rica para conectar la costa caribe con el océano pacifico, recibió instrucciones de su agente en Costa Rica indicando la necesidad de pagar sobornos por 1.5 millones de dólares a 15 agentes públicos costarricenses; de la investigación realizada no se pudo determinar que los pagos se hayan llegado a realizar, ni siquiera que se hayan pactado con los agentes públicos, únicamente se determinó que existía un plan en la empresa para sobornar a agentes públicos extranjeros.

amplia⁴⁷⁹); 3. Debe existir una intencionalidad a la hora de realizar el soborno, es decir se busca mediante el pago que el funcionario actué de forma contraria a sus funciones; 4. Y por último la empresa debe buscar en el soborno una ventaja comercial u otro beneficio (como podrían ser: inicio de relaciones comerciales, adjudicación de contratos, obtención de información privilegiada sobre una licitación pública, obtener exenciones indebidas, entre otros) que no hubiese sido posible obtener de otro modo⁴⁸⁰.

La aplicación práctica de la FCPA recae en dos entidades gubernamentales *US Department of Justice* (DOJ) y *US Securities and Exchange Commission* (SEC), la primera se encarga de los casos penales mientras que la segunda de la aplicación de sanciones regulatorias⁴⁸¹. Estas entidades han demostrado un criterio de competencia jurisdiccional muy amplio para perseguir los delitos de corrupción⁴⁸². Adicionalmente órganos de investigación como el FBI participan a lo largo del proceso.

Por otra parte, la FCPA considera que los pagos de *engrase* o facilitación (*facilitating payments*) no son conductas típicas⁴⁸³, podría considerarse desde el punto de vista del derecho continental que

479 Public official: (1) “any foreign official”; (2) “any foreign political party or official thereof”; (3) “any candidate for foreign political office”; or (4) any person, while knowing that all or a portion of the payment will be offered, given, or promised to an individual falling within one of these three categories. Sobre esto: *Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission. (2012). “FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act”*. Washington, Estados Unidos de Norteamérica. p. 19.

480 HERNÁNDEZ, María. “Políticas Anticorrupción”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) (). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi 2015. p. 158.

481 COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. pp. 229 y 232.

482 Por ejemplo, en un caso de corrupción ocurrido entre Macedonia y Montenegro, el Departamento de Justicia de Estados Unidos justificó la persecución penal en que los sujetos involucrados en el esquema delictivo se pusieron de acuerdo por medio de correos electrónicos, los cuales al ser enviados pasaron por servidores que se encontraban en los Estados Unidos, considerándose este hecho como suficiente para que Estados Unidos tuviera competencia de perseguir dichos delitos. Sin embargo, la excusa más utilizada por las autoridades norteamericanas para adjudicarse competencia es la realización de transferencias bancarias internacionales por medio de bancos estadounidenses o que utilizan bancos norteamericanos como intermediarios. CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. pp. 114-115; *Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission. (2012). “FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act”*. Washington, Estados Unidos de Norteamérica. p. 11.

483 O’ SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 538; KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 116-117; ARGANDOÑA, Antonio. “Petty corruption – facilitating payments and grease money”, en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p.51; GRUTZNER, T/JAKOB, A (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 103. Los pagos de facilitación se definen como pagos de montos bajos de dinero que tienen como objetivo garantizar y facilitar el proceso de trámites ante la administración pública. Ejemplos de pagos de facilitación son: *para agilizar paso de mercadería por aduanas, asegurar permisos requeridos, obtener protección policial, transacciones para asegurar la realización de deberes, obtener permisos, licencias o documentos que permitan hacer negocios en el país, tramitar permisos de trabajo o visas, obtener protección policial, recibir servicios de agua, luz, teléfono, tramites en aduanas, entre otros; por otra parte los pagos de facilitación*

estos actos carecen de antijuridicidad material o son pagos socialmente aceptados, sin embargo, existe una tendencia de los programas de *compliance* para eliminar cualquier tipo de pago a funcionarios incluyendo los pagos de facilitación; debido principalmente a que en el marco de una investigación es difícil distinguir entre un pago de facilitación y un soborno para asegurar un negocio⁴⁸⁴.

Un factor importante, tomado en cuenta por el DOJ, es el comportamiento de la empresa; el DOJ tomará la decisión de imputar o no a la empresa al analizar los siguientes elementos: el monto total de los pagos ilícitos; el número total de pagos ilícitos; la cantidad de negocio obtenida como resultados de los pagos ilícitos; el número de países en donde se realizaron los pagos; periodo en el en el que se desarrollaron los pagos; la jerarquía dentro de la empresa de las personas que realizaron los pagos, la naturaleza de las atenciones dadas además de los pagos (*viajes, entretenimiento, entre otros*⁴⁸⁵); la cantidad de falsedades en la contabilidad; la autorización, conocimiento o permisibilidad de la alta dirección con los pagos; los esfuerzos de la empresa para ocultar la verdadera naturaleza de los pagos; la presencia o no de medidas de control; el tiempo que duró el departamento de control para descubrir los pagos; la denuncia voluntaria a las autoridades; la colaboración con las autoridades; las medidas implementadas posterior al descubrimiento de los pagos; la colaboración de la empresa con las autoridades para facilitar insumos que permitan construir casos penales contra personas físicas por los pagos; la constancia de los pagos de facilitación, que dejen en evidencia un comportamiento habitual de la empresa y por lo tanto una cultura corporativa; que los pagos demuestre un soborno activo por parte de la empresa; que la empresa tenga una política establecida sobre qué hacer sí se solicita un pago de facilitación y esta no fue seguida por el empleado.

deben registrarse como tales en los libros contables. Sobre esto último: TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 267.

484 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 147; Por otra parte, la FCPA no castiga la corrupción entre particulares (*comercial bribery*) únicamente cuando el mismo forma parte de un esquema que incluya corrupción pública⁴⁸⁴, pero este tipo de delitos son perseguidos y acusados por medio de los artículos del Código Penal Federal de los Estados Unidos: §371 (*conspiracy*), §1341 (*fraud*), §1952 (*interstate and foreign travel or transportation of aid of racketeering enterprises*) y §666 (*theft or bribery*)⁴⁸⁴, del (U.S Code, título 18). para perseguir dichos delitos⁴⁸⁴, tal y como sucedió en el caso FIFA. Sobre lo anterior: TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 20; MENDELSON, Mark. *Chapter 23. "United States"*, en ALCANTARA, Luis. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3era ed. Law Business Research. 2014. pp. 296-297.

485 Entretenimiento incluye todas las invitaciones a eventos que tienen como objetivo iniciar, mantener o fortalecer una relación de negocios, estos eventos no tienen ningún tipo de relación con el negocio (a diferencia de los congresos o charlas) ejemplo de eventos de entretenimiento son actos culturales y eventos deportivos. Sobre esto: GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 94.

Mientras que los factores que se toman en consideración para no perseguir están: un único pago; el pago fue solicitado por el funcionario lo cual fue reportado por el empleado a la empresa; si la empresa tiene una política sobre qué se debe hacer si se solicita un pago de facilitación y si la misma fue seguida; y por último también se toma en consideración si la persona que realizó el pago se encontraba en una posición vulnerable que le exigía realizar el pago⁴⁸⁶.

Otro aspecto a destacar de la FCPA es que permite la persecución de la empresa por comisión de hechos delictivos de su filial (para lo cual debe establecer que existe una relación de jerarquía por parte de la empresa matriz respecto a la filial), pero también se puede perseguir a la empresa cuando quien haya realizado los pagos de corrupción haya sido un tercero contratado por la empresa⁴⁸⁷; respecto a este caso es común que, en países con altos índices de corrupción, las empresas extranjeras que desean iniciar operaciones contraten empresas de consultoría nacionales que suelen estar formadas por ex políticos, en muchos casos dirigidas por ex funcionarios del gobierno o por lo menos con importantes contactos en el gobierno, con el objetivo de que gestionen los permisos o contratos necesarios para iniciar actividades. Lo anterior puede y ha desencadenado en importantes pagos de corrupción realizados por estas consultoras.

Respecto a las multas a imponer, las empresas pueden ser multadas con hasta \$2 millones por cada violación a la FCPA o hasta el doble de lo ganado o perdido por causa del soborno realizado, mientras que las personas físicas pueden recibir multas de hasta \$250.000 por violación a la FCPA o hasta el doble de lo ganado o perdido por el soborno y hasta 5 años de cárcel⁴⁸⁸. Para modo de ejemplificar la gravedad de las penas a imponer, existe un llamado *top ten* de las multas más altas impuestas por medio de la FCPA.

Adicional a la multa, las autoridades norteamericanas también pueden aplicar sanciones como: prohibición de ser contratados por el gobierno federal, prohibición de recibir licencias de exportación, prohibirse hacer negocios en la bolsa de valores y la expulsión de distintos programas

486 KOCHAN, Nick y GOODYEAR, Robin. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 149; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 346-347.

487 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 487.

488 MENDELSON, Mark. "Chapter 23. United States", en ALCANTARA, Luis. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3era ed. Law Business Research 2014. p. 306.

con agencias del gobierno⁴⁸⁹. Por otra parte, una investigación de FCPA puede desencadenar en investigaciones judiciales en otros países, o incluso solicitudes de extradición⁴⁹⁰.

Adicionalmente, debe tomarse en consideración las consecuencias extraprocesales o *penas de banquillo* para la empresa como lo pueden ser: reducción del precio de las acciones en la bolsa de valores, suspensión de posibles compras de otras empresas o fusiones, reducción de los beneficios financieros, pérdidas de mercado debido a que los programas de *compliance* de algunas empresas (socios comerciales) prohíben establecer relaciones con empresas investigadas por el DOJ, conflictos judiciales entre accionistas y ejecutivos de las empresas, mala reputación en la opinión pública y especialmente en redes sociales, entre otros muchos⁴⁹¹.

Desde 2015 la aplicación de la *FCPA* se centra en perseguir a las personas físicas (debido al *Yates Memorandum*), sin embargo, la llegada del presidente Donald Trump al poder, generó un escenario de incertidumbre ya que incluso se cuestionaba si la FCPA llegaría a desaparecer; la FCPA no ha desaparecido pero muchos fiscales encargados de poner en práctica la FCPA dejaron el Departamento de Justicia al momento del ingreso de Trump al gobierno y debido al congelamiento de plazas laborales del gobierno que realizó el presidente Trump, *la cantidad de persecuciones por violaciones a la FCPA en los últimos años ha disminuido considerablemente*⁴⁹². En 2017 se puso en práctica el nuevo *FCPA Corporate Enforcement Policy* que viene a ser la herramienta práctica que hace realidad los principios establecidos en el *Yates Memorandum*, mediante el establecimiento de una política de persecución más dura cuando no existe confianza (*de-confliction*) con la empresa investigada y por el contrario, una política más laxa cuando existen elementos que demuestren una

489 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 36.

490 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 260-267. Asimismo, otra serie de escenarios complicados pueden darse para las empresas, por ejemplo, un banco en el caso de alcanzar un acuerdo de NPA o DPA deberá de negociar por aparte acuerdos para no perder su licencia bancaria con cada agencia estatal de cada uno de los estados en donde tenga oficina, esto son conocidos como procesos paralelos de carácter civil o administrativo que debe enfrentar una empresa en caso de una imputación penal. Sobre procesos paralelos: PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 99-111.

491 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 271-281.

492 Mientras que en el periodo de enero a 2016 a enero 2017 se investigaron más de 20 casos de *FCPA* entre enero y noviembre de 2017 solo se investigaron 2 casos. Además, en 2017 solamente 3 casos llegaron a juicio contra personas físicas, los tres terminaron en condena: *United States vs. Heon Cheol Chi* a 14 meses de cárcel por soborno de agente público extranjero, *United States vs. Mahmoud Thiam* por soborno a agente público extranjero y blanqueo de capitales condenado a 84 meses de cárcel, y *United States vs. Ng Lap Seng and Jeff C.* por seis delitos contra la *FCPA*. Conspiración, pago de sobornos a agente público extranjero y blanqueo de capitales. Mientras que otras 16 personas se declararon culpables (*plea guilty*). Sobre esto: Conferencia dada por el *Deputy Attorney General* Rosenstein de los Estados Unidos de América: “Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act”. Oxon Hill, MD. Miércoles 29 de noviembre de 2017. Se puede consultar el extracto de esta en: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>

adecuada colaboración de las empresas; el elemento determinante para establecer si existe una adecuada colaboración y confianza son las investigaciones internas, esto se logra mediante: *demonstración de una análisis profundo de la situación que sucedió analizando las causas de la conducta (root problem) mediante complejas investigaciones internas, y una posición proactiva de colaboración con la investigación y en el descubrimiento de información vital para la investigación*⁴⁹³. Mientras que cuando el DOJ tenga desconfianza respecto a la empresa que investiga, procederá a realizar él mismo las diligencias de investigaciones internas en la empresa⁴⁹⁴.

En los últimos años se ha dado un aumento considerable en el uso de las *FCPA Enforcement Actions*, el profesor KOEHLER de la Universidad de South Illinois explica este fenómeno de aumento en varias razones: 1. Un mayor comercio internacional: las empresas buscan expandir los mercados adonde realizan negocios como parte del modelo de la globalización económica, esto aumenta el riesgo de comisión de delitos debido a la incursión en nuevos mercados con altos estándares de corrupción; 2. más empresas pueden ser sujetas de la FCPA: no solo la FCPA es un texto con un importante componente de extraterritorialidad, sino que muchas empresas extranjeras buscan incursionar en el mercado de valores de Estados Unidos de América, lo cual los convierte automáticamente en sujetos susceptibles de aplicación de la FCPA; 3. Aumento en el uso de los DPA y NPA que facilitan la labor del DOJ al no requerir la misma obtención de pruebas que en caso de juicio⁴⁹⁵; 4. La aplicación de la *Sarbanes Oxley Act*: dicha acta conlleva un mayor control interno para las empresas respecto a su contabilidad y registros lo cual ha llevado a una mayor colaboración de las empresas cuando encuentran registros inadecuados en sus propios libros; 5. La aplicación de la FCPA es un negocio lucrativo para el gobierno norteamericano: las multas impuestas a las empresas suelen ser por varios millones de dólares lo que supone una importante fuente de ingresos para el gobierno norteamericano; 6. Para las firmas legales la aplicación de la FCPA ha generado un importante nuevo nicho de mercado para las firmas legales en Estados Unidos y en el mundo, debido al tiempo que duran estos casos y a los ingresos que significan para los bufetes de abogados; 7. Una forma de promocionar la nueva era anticorrupción: muchos de los

493 Como premio de la confianza del DOJ con la empresa la pena puede ser reducida hasta en un 50% y si además se ha implementado un adecuado programa de *compliance* se omitirá implementar la figura del *monitor* para la empresa.

494 Webinar organizado por la consultora Deloitte USA: “Current topics in the Department of Justice: FCPA enforcement”. 13 de diciembre de 2017.

495 Este incremento en los DPA y NPA se produjo desde el año 2008 con el “*Filip Memo*” del DOJ como directriz para sus fiscales. Sobre esto: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2014. p. 207.

ahora miembros de los más importantes despachos de abogados especializados en FCPA *enforcement*⁴⁹⁶_[OBJ].

Asimismo, en los últimos años ha aumentado la cooperación internacional del DOJ con autoridades de otros países, dándose escenarios de colaboración de hasta doce países para tramitar un solo caso de violación a la FCPA; como resultado de eso el DOJ ha repartido entre los países afectados los montos obtenidos por multas a las empresas⁴⁹⁷. Sin embargo, todavía existe mucho trabajo por hacer para garantizar la sanción de los agentes públicos extranjeros que cometen hechos de corrupción, tarea que no puede ser realizada por Estados Unidos en muchos casos, en virtud de que varios países ostentan prohibición de extraditar a su nacionales⁴⁹⁸.

6.2 Reino Unido

El Reino Unido es sin duda otro importante referente en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica y ha sido reconocida por la jurisprudencia desde el siglo XIX⁴⁹⁹. Una característica curiosa de ese ordenamiento es que pueden apreciarse los tres diferentes modelos de responsabilidad penal empresarial, la utilización dependerá del delito que se haya cometido, el modelo vicarial para delitos económicos, el modelo mixto para delitos de homicidio o lesiones empresariales (especialmente accidentes culposos) y el modelo de autorresponsabilidad respecto a delitos tributarios.

En primer término, se aplicó un modelo vicarial sin mayores limitaciones y que permitía imputar a la persona jurídica cualquier delito económico, tributario e incluso homicidios empresariales; sin embargo, a mediados del siglo pasado la *House of Lords* estableció que la teoría del *respondeat*

496 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 234-254.

497 En el caso Telia Company AB los Países Bajos y Suecia recibieron una porción del dinero obtenido por las multas impuestas a las empresas, en el caso Odenbrecht S.A, Estados Unidos solo se quedó con 93 millones de dólares del total de 2600 millones de multa impuesta a la empresa, mientras que Suiza recibió 116 millones y Brasil 2.39 billones. En el caso Braskem S.A el escenario fue similar, Estados Unidos se quedó con cerca de 95 millones de dólares (15%) Suiza el mismo monto y Brasil recibió 442 millones de dólares (70% del todas de las multas), en el caso Rolls Royce el Reino Unido recibió 604 millones de dólares, Brasil 25 millones y Estados Unidos se quedó con 170 millones, mientras que Embraer S.A Brasil recibió 20 millones y Estados Unidos se quedó con los restantes 205 millones, y en el caso Vimplecom Ltd. Países Bajos recibió 230 millones de dólares.

498 Por ejemplo, el artículo 31 de la Constitución Política de Costa Rica regula la prohibición de “expulsión” de nacionales, incluyéndose la extradición.

499 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 127.

superior era muy amplia, por lo que la limitaron mediante la aplicación de la teoría de la identificación restrictiva, la cual establece que la empresa será responsable únicamente por los hechos realizados por sus directores o gerentes ya que estos representan la mente y la voluntad de la empresa⁵⁰⁰. La teoría de la identificación nace por lo tanto para poder responsabilizar penalmente a la empresa por hechos delictivos mediante una construcción derivada del derecho civil, la cual establece que únicamente se trasladara la culpabilidad cuando el empleado tenga poder de decisión⁵⁰¹, además de que debe apreciarse un elemento subjetivo catalogado como *intention*, *recklessness* o *negligence*⁵⁰². Bajo este modelo de responsabilidad es difícil probar la culpabilidad de la empresa, especialmente en casos de grandes compañías con distintos niveles de empleados y en donde la toma de decisiones y la ejecución de la decisión están a varios niveles de diferencia; apreciar estos elementos durante un proceso penal para probar que la decisión tomada y la acción ejecutada obedecían a un mismo plan se torna sumamente complejo. Esto ha llevado a que en la práctica las empresas inglesas busquen descentralizar cada vez más el control y la ejecución de tareas como una garantía de que no serán responsabilizadas en un eventual proceso penal⁵⁰³.

En segundo término, y debido a la dificultad de probar delitos de homicidios o lesiones empresariales, fue necesario incorporar un nuevo modelo paralelo llamado *Corporate Manslaughter*, creado para juzgar únicamente homicidios corporativos especialmente de carácter culposos y en los que se le imputa a la empresa por defectos en la forma de estructuración o administración y cuando o cuando existe infracción del deber de cuidado ante deberes de seguridad⁵⁰⁴. Para esos casos se implementó un sistema de responsabilidad objetiva a la empresa (*strict liability*) en donde no importase demostrar que la persona física actuó con dolo, culpa o negligencia. Este modelo tiene como curiosidad que es aplicable también a los casos en que la entidad no ostenta personalidad jurídica⁵⁰⁵. El *corporate manslaughter* puede ser aplicado al

500 American Criminal Law Review. No. 46. 2009. BEALE, Sara S. *A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability*. p. 1495.

501 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 127.

502 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 90-91.

503 Ibidem.

504 OXMAN, Nicolás. “La responsabilidad penal de las empresas por homicidio en Reino Unido”, en FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dirs.). *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 384.

505 NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 173. La necesidad de plantear este modelo en Reino Unido nace tras una serie de accidentes de transporte público y marítimo en los cuales perdieron la vida una importante cantidad de personas y en los que fue imposible imputar responsabilidad penal a personas físicas; es por esta razón que

ámbito deportivo, ya que se hace responsable a las entidades deportivas de las muertes ocasionadas en los estadios, como por ejemplo avalanchas humanas, tragedias que desgraciadamente el Reino Unido tiene un amplio historial.

Mientras que el tercer modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica en Reino Unido, fue incorporado el 27 de abril de 2017 por medio de la *Criminal Finance Act*, que castiga a la empresa por fallar al prevenir la comisión de delitos fiscales (*failure to prevent the facilitation of tax evasion*); la aplicación de este delito será de acuerdo con los presupuestos del modelo de autorresponsabilidad, por lo que se identifica un elemento objetivo en la conducta empresarial: *fallar en prevenir el fraude fiscal sin que sea necesario que el delito fiscal se llegué a cometer*⁵⁰⁶.

Se prevé que este tipo de imputación penal se extienda en un futuro cercano a otras conductas habituales de la delincuencia económica como: *blanqueo de capitales, fraudes y contabilidad falsa, lo cual sin duda tendrá importantes repercusiones a la hora de imputar penalmente a las empresas ya que flexibiliza los criterios de imputación, además de que dicho sistema de imputación tiene mayores consecuencias desde el punto de vista de compliance*⁵⁰⁷.

Adicionalmente, ese modelo podría llevar a una nueva tendencia del Reino Unido a internacionalizar sus investigaciones e imputaciones penales contra empresas, tal y como lo viene realizando Estados Unidos de América desde los años noventa. En virtud de que resulta posible aplicarlo a entidades que no estén en Reino Unido e incluso cuando la facilitación o la evasión misma se realizó fuera de Reino Unido. La mejor herramienta de defensa que puede alegar la empresa es haber implementado y ejecutado todas las medidas de prevención adecuadas es decir la implementación de medidas desde el punto de vista del *compliance*.

el gobierno británico implementó la *Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act* de 6 de abril de 2007 (homicidio corporativo), el cual se imputará cuando la empresa incumpla gravemente un deber relevante (*gross breach of a relevant duty*) y por lo que sus actividades fueron gestionadas y organizadas de forma tal que se ocasionó la muerte de alguien. Esto basado en el deber de cuidado (*duty of care*) respecto al cumplimiento de normas de seguridad en el trabajo y respecto a los productos o servicios ofrecidos por la empresa al público. Sobre lo anterior: Ministry of Justice of the United Kingdom. "A guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007". 2007. p.8. Sobre esto: ROEF, David. "Corporate Criminal Liability", en KEILER, J./ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. pp. 294-295; y HEINE, Gunther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 38.

506 <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2017/22/contents/enacted>.

507 Artículo: "New corporate criminal liability in the UK for "failure to prevent" tax evasion and other economic crimes: How will it affect Canadian businesses?". Osler Law Firm, Canada. 2 de junio de 2017. Se puede consultar en: <https://www.osler.com/en/blogs/risk/june-2017/new-corporate-criminal-liability-in-the-uk-for-fa>

Se puede afirmar que en Reino Unido funcionan tres modelos de imputación de forma paralela, en un primer lugar, un modelo de heterorresponsabilidad y con aplicación de la teoría de la identificación para la mayoría de los delitos de carácter económico y en los cuales se deben determinar elementos tanto objetivos como subjetivos del tipo penal realizado por una persona física individualizable, y la posibilidad de toma de decisión de la persona física; En segundo lugar, el modelo para los casos en que no es posible identificar a esta persona física y además ocurra uno de los llamados homicidios corporativos existe un modelo de culpabilidad de empresa ajeno totalmente al sistema vicarial, en donde se olvida totalmente a la persona física para proceder a imputar a la empresa el delito, motivando la causalidad en una mala organización que ocasionó directamente el hecho delictivo (resultado); Y por último , el último modelo para delitos tributarios que puede identificarse como un modelo de autorresponsabilidad y puede significar el paso hacia el cambio del modelo de responsabilidad penal de la empresa en el Reino Unido hacia a un modelo de autorresponsabilidad, lo que podría llegar a significar un aumento en la cantidad de persecuciones penales de empresas.

Por otra parte, las autoridades inglesas han tratado de satisfacer las dificultades que presenta el sistema de la teoría de la identificación para casos de delincuencia económica mediante la adopción de la *Crime and Court Act* de 2013 que establece la versión inglesa de los DPA como los utilizados en el sistema norteamericano, ya que sí bien en juicio las empresas pueden demostrar su no culpabilidad penal las mismas prefieren evitar a toda costa entrar a juicio por los altos costos económicos y reputacionales que conlleva.

6.3 Suiza

Suiza destaca especialmente en el ámbito deportivo por ser el país sede de los organismos internacionales más importantes en materia deportiva, esto debido a su modelo de asociaciones sin fines de lucro y con carácter internacional, que disfrutan de amplios beneficios legales y fiscales, además de una escasa monitorización y control⁵⁰⁸. Entre estas entidades podemos destacar: El COI,

508 NEHME, M/ ORDWAY, C. "Governance and anti-doping: beyond the fox and the hen house", en HAAS, U/HEALEY, D. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p. 219.

la FIFA, la UEFA, la Federación Internacional de Esquí, la Unión Internacional de Ciclismo (UCI)⁵⁰⁹, entre otras. Adicionalmente en Lausana se encuentra la sede principal del TAS, máximo tribunal en materia deportiva. Esto, sumado al mítico secreto bancario suizo, (el cual después de muchos años de presión internacional y para cumplir con estatutos internacional ha ido desapareciendo de forma paulatina desde de 2018) justifica que sea una jurisdicción que deba analizarse en el presente trabajo.

Suiza se había mantenido fiel al principio *societas delinquere non potest*, hasta que el 13 de diciembre de 2002 se modificó el Código penal, específicamente en su art. 102, estableciendo de esta forma los casos de responsabilidad penal de la persona jurídica; el artículo fue modificado nuevamente en 2006 (entró en vigor en 2007)⁵¹⁰. De acuerdo con el legislador suizo las entidades penalmente responsables son: *las personas morales de derecho privado; las personas morales de derecho público a excepción de las corporaciones territoriales; las sociedades y las empresas individuales*⁵¹¹. Esa lista incluye a las asociaciones sin fines de lucro⁵¹², concepto que engloba a las federaciones deportivas internacionales.

El modelo seleccionado por *L'Assemblée Fédérale* ha si catalogado como de autorresponsabilidad empresarial, ya que debe comprobarse la culpa autónoma de la empresa y con independencia de la persona física⁵¹³; concretamente este análisis se centra en el inadecuado mecanismo de organización de la empresa, es decir la compañía será castigada cuando exista una falta de organización interna que motive la comisión de hechos delictivos⁵¹⁴.

509 Todas bajo la figura de *association san but économique*, las cuales deben estar organizadas como empresas y estar debidamente inscritas en el registro de comercial, y cumplir con distintas obligaciones de control financiero. Artículos 60 a 79 del código civil suizo.

510 PERRIN, Bertrand. "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse", en PIETH, M/IVORY, R. *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. p.194.

511 Ibidem. p. 195.

512 Ibidem. p. 203.

513 TIEDEMANN, Klaus. "El derecho comparado en el desarrollo del Derecho Penal económico", en ARROYO L/NIETO A. (Dirs.) *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p.39; PERRIN, Bertrand. "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse", en PIETH, M/IVORY, R. *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. p.195.

514 ENGELHART, Marc. "Corporate Criminal Liability from a Comparative perspective", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p.63; PERRIN, Bertrand. "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse", en PIETH, M/IVORY, R. (Dirs.) *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. p. 200 y 201; CASSANI, Ursula. "Corporate responsibility and compliance programs in Switzerland", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. (coordinadores). *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 498.

El art. 102 distingue dos escenarios en los que la persona jurídica será imputada; *el primer inciso hace referencia a los casos en que no es posible identificar a la persona física que cometió un hecho delictivo en el desarrollo de la actividad comercial de la empresa*⁵¹⁵, aportando una importante consecuencia desde el punto de vista del *compliance*, y es que obliga a la empresa a una colaboración activa con las autoridades para lograr determinar a la persona física que cometió el hecho delictivo y evitar así responsabilidad penal.

Mientras que, en el segundo supuesto, el legislador suizo destacó una serie de conductas que considera sumamente graves y por las cuales la empresa responderá con independencia de si es posible identificar y castigar a la persona física; estas conductas son: *organización criminal, financiamiento del terrorismo, blanqueo de capitales, soborno de funcionarios suizos, funcionario de funcionarios públicos extranjeros y corrupción entre particulares*⁵¹⁶. En ambos supuestos es necesario que el hecho haya sido cometido en el ejercicio de la actividad comercial por una persona perteneciente a la entidad⁵¹⁷.

La multa impuesta puede ser de hasta cinco millones de francos suizos (CHF 5m), el monto de la sanción se impone de acuerdo con la gravedad del delito cometido, los defectos de organización que facilitaron o toleraron la comisión del delito, el daño causado y la capacidad económica de la empresa para hacer frente a la multa⁵¹⁸. Asimismo, a la empresa también le serán aplicadas una

515 Art. 102 código penal suizo: *Un crime ou un délit qui est commis au sein d'une entreprise dans l'exercice d'activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l'entreprise s'il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d'organisation de l'entreprise. Dans ce cas, l'entreprise est punie d'une amende de cinq millions de francs au plus*. Sobre esto: RICHERS, Roman/KARL WEBER, Martin. "Chapter 21 Switzerland", en ALCANTARA, Luis. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3era ed. Law Business Research. 2014. p. 274; HEINE, Gunther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Dir.) *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 35; PIETH, M/IVORY, R. "Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview", en PIETH, M/IVORY, R. (Dirs.). *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. p. 20.

516 Art. 102 inciso 2 del Código penal suizo.

517 Sobre esto: CASSANI, Ursula. "Corporate responsibility and compliance programs in Switzerland", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. (coordinadores). *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer.. 2014. p. 498.

518 Sobre esto: LENGGENHAGER, F/MEINHARDT, M. "Switzerland", en *Bribery & Corruption 2017*. Global Legal Insights; NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 133; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de lege lata y lege ferenda", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 303; y BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. p. 102.

serie de penas adicionales: *publicación de la sentencia, la confiscación, prohibición de realizar una actividad determinada, cierre de locales y disolución*⁵¹⁹.

Este modelo de imputación obliga a las empresas a implementar un efectivo programa de *compliance*, basado en un adecuado modelo de organización de la entidad y un código ético ampliamente difundido por la empresa. Al utilizar el sistema suizo un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial los programas de *compliance* serán ampliamente analizados y valorados a la hora de determinar la imputación y la eventual culpabilidad penal empresarial. Bajo este modelo será necesario darle un especial énfasis a los procedimientos de investigaciones internas de las empresas, los cuales deberán tener como objetivo la identificación de la persona física responsable evitando así la aplicación del primer inciso del 102 en contra de la empresa.

6.4 Italia

A lo largo de su historia, Italia ha mantenido arraigado el principio del *societas delinqueren non potest* y ha mostrado resistencia a atribuir responsabilidad de la persona jurídica por actos delictivos. Sin embargo, el auge de la corrupción ha alcanzado proporciones alarmantes, especialmente debido a la infiltración del crimen organizado en todos los ámbitos de la administración pública.

Estas circunstancias han generado la necesidad de una nueva política criminal orientada a combatir esta forma de delincuencia y a sancionar a las entidades jurídicas por sus acciones ilícitas. Esta urgencia también ha sido impulsada por la obligación de adherirse a acuerdos internacionales y directivas comunitarias. Como resultado, se promulgó el Decreto Administrativo 231/2001, de 8 de junio, relativo a la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, empresas y asociaciones sin personalidad jurídica. Este decreto establece y regula la responsabilidad de las entidades jurídicas por sus actos delictivos.

⁵¹⁹ PERRIN, Bertrand. “La responsabilité pénale de l’entreprise en droit suisse”, en PIETH, M/IVORY, R. (Dirs.). *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk.* Ed. Springer. 2011. pp. 216-217.

El enfoque adoptado por el modelo italiano, al igual que el alemán, destaca por abordar la responsabilidad de las empresas desde la perspectiva del Derecho administrativo sancionador, evitando así involucrarse en cuestiones de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Este enfoque se fundamenta en el art. 27 de la Constitución, el cual establece que las penas en materia penal son personales y que el legislador italiano interpretó como una limitación a una eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas.

La responsabilidad de las personas jurídicas si bien es de carácter administrativo, conlleva sanciones graves para las personas jurídicas y su aplicación se ventila dentro del proceso penal y por el juez penal, con todas las garantías constitucionales que ello conlleva⁵²⁰. Adicionalmente, las sanciones a imponer son las mismas que se impondrían en cualquier país que regule la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo tanto, desde el punto de vista práctico la diferencia no es significativa, de forma que la mayoría de los autores afirman que el modelo italiano si bien es de naturaleza administrativa, tiene espíritu de norma penal⁵²¹.

Concretamente, el juez podrá seleccionar una serie de sanciones para imponer a la persona jurídica: *la sanción pecuniaria (la sanzione pecuniaria)*, *sanción interventora (le sanzioni interdittive)*, *la confiscación o comiso (la confisca)* y *la publicación de la sentencia (la pubblicazione della sentenza)*⁵²². Estas sanciones y los procesos en general pueden seguirse contra todo tipo de entes privados como empresas, asociaciones (incluso sin personalidad jurídicas), entidades con personalidad jurídica y a entes públicos económicos.

Sucintamente respecto a los hechos por los que las personas jurídicas pueden responder son dos:

1. Delitos cometidos por sujetos que cumplan funciones de representación, administración o con una alta jerarquía dentro de la empresa;
2. Delitos cometidos por las personas que estén bajo la supervisión y control de las anteriores.

Dentro del catálogo de delitos por los que pueden responder las empresas encontramos principalmente delitos de carácter económicos, pero el legislador

520 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 124.

521 CRAVETTO, C/ZANALDA, E. "Corporate Criminal Liability in Italy: Criteria for Ascribing "Actus Reus and unintentional crimes", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 110.

522 Artículo 9 del Decreto Legislativo No. 231 de 8 de junio de 2001 de la República de Italia, (*Responsabilità amministrativa delle società e degli enti*)

italiano también incluyó otra serie de delitos, concretamente: contra la administración pública; contra la industria y el comercio; contra la fe pública; derechos de autor; terrorismo; abusos de mercado; contra la personalidad individual; mutilación genital femenina; delitos laborales; homicidio y lesiones culposas; blanqueo; crimen organizado; medioambientales y corrupción entre particulares⁵²³.

El modelo italiano, en primer lugar, en el proceso de determinación de la culpabilidad, la empresa será sujeta a responsabilidad por los delitos perpetrados en su interés o en su beneficio. Esto implica que, en caso de un interés directo, se debe realizar un análisis desde una perspectiva anticipada, *ex ante*, mientras que si se trata de una ventaja para la empresa, el análisis debe llevarse a cabo retrospectivamente, *ex post*⁵²⁴, con el fin de comprender de manera más precisa la intención empresarial. Además, dentro del marco legal italiano, se establece la posibilidad de atribuir responsabilidad a la empresa, incluso si no se ha identificado ni responsabilizado a la persona física que cometió el delito dentro de la estructura empresarial.

Concretamente, cuando es posible apreciar el modelo de autorresponsabilidad es a la hora de imponer las sanciones y concretamente en las eximentes; es ahí donde toman una importante notoriedad los programas de *compliance*. La empresa será la encargada de probar las eximentes de los arts. 6 y 7 del decreto, demostrando que contaba con un sistema de organización adecuado para evitar hechos delictivos y que por ende el delito fue cometido esquivando dicho sistema de forma fraudulenta, es decir estamos ante una causa de exclusión de la punibilidad⁵²⁵. Mientras que, para lograr una eventual atenuante en la pena, la empresa debe efectuar la reparación del daño y la adopción de un modelo organizativo encaminado a prevenir la comisión de delitos. El modelo de *compliance* incorporado dentro de la empresa debe permitir identificar las actividades en las que pueden cometerse delitos, establecer protocolos para la adecuada toma de decisiones, una adecuada gestión de los recursos financieros, el establecimiento de un deber de información respecto al organismo encargado de la vigilancia del modelo y el establecimiento de un sistema disciplinario⁵²⁶. Todos estos aspectos para considerar en la elaboración e implementación de los

523 Programa de *compliance* de Sicim S.p.A se puede consultar en: <http://www.sicim.eu/public/others/pdf/mod231-es.pdf>

524 SEMINARA, Sergio. “Compliance y Derecho Penal: La Experiencia Italiana”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer e IB de F. 2014. p. 131.

525 Ibidem. p. 134.

526 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 102-103.

programas de *compliance* italianos. Este modelo es importante para comprender el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica español, que se analizará más adelante.

6.5 Francia

Es modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica francés resulta importante de analizar a la luz la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, y el Código penal francés de 1810 (Código de Napoleón), que establecieron como base de la imputación penal, que únicamente las personas físicas podían responder por sus actos criminales, es decir el principio de personalidad de las penas. Durante el siglo XIX y mayor parte del siglo XX la jurisprudencia se manifestó en contra de responsabilizar a la persona jurídica, indicando incluso, que la multa era una pena y como tal solo podía ser aplicada a personas físicas, además de que solo las personas físicas poseen voluntad y, por lo tanto, son las únicas que pueden cometer delitos y que la persona jurídica nace con el objetivo de cumplir un fin social y por lo tanto no puede cometer delitos⁵²⁷.

Sin embargo, a lo largo del siglo XX se dieron varios acontecimientos que motivaron un eventual cambio en el código penal francés; entre ellos destacan: la tesis de ACHILLE MESTRE como primer trabajo que cuestionaba la necesidad de implementar la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento galo⁵²⁸, asimismo la influencia del derecho anglosajón, que como ya fue mencionado desde inicios de los años 1900 ya aceptaba la responsabilidad penal de la persona jurídica; por otra parte, grandes escándalos como accidentes en medios de transportes⁵²⁹, e importantes delitos económicos dentro de personas jurídicas de origen agrario llevaron a la doctrina a abandonar el *societas delinquere non potest* desde los años 30 del siglo pasado; pero no fue sino hasta 1976 cuando con la legislación en materia de prevención de accidentes del trabajo se dio el primer paso en el ordenamiento francés hacia la responsabilidad penal de la persona jurídica, al permitirse la sanción de multa en contra de las empresas por accidentes graves ocurridos dentro del ámbito laboral⁵³⁰.

527 PRADEL, Jean. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. pp. 134 -135.

528 Ibidem. p. 134.

529 Por ejemplo: el accidente de un avión de la empresa Air Inter en 1992 o el accidente ferroviario en la estación de Lyon en 1988.

530 POELEMANS, Maiténa. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso francés”. *Rev. Eguzkilore*. Número 28. 2014. p.114; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 111.

No obstante, transcurrieron dieciocho años hasta que Francia dio el gran paso al implementar la responsabilidad penal de la persona jurídica, concretamente en el año 1994⁵³¹, con la introducción del nuevo Código penal francés. En concreto, el art. 121.2 establece que las personas jurídicas, a excepción del Estado podrán ser penalmente responsables (*Les personnes morales, à l'exclusion de l'Etat, sont responsables pénalement*), pero sí responderán entidades de derecho público como autoridades de carácter local o regional⁵³², por infracciones cometidas (elemento objetivo) por cuenta de la persona jurídica, por sus órganos y por sus representantes (*des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants*). En resumen, Francia adoptó un modelo de responsabilidad vicarial⁵³³.

La introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento francés no recibió mayor resistencia ni por parte de la doctrina ni por los abogados, tal y como ha sucedido en la mayoría de los ordenamientos adonde se ha introducido esa responsabilidad⁵³⁴. Sin embargo, la puesta en práctica fue un tanto confusa, lo que dio paso a que se presentaran serias discrepancias jurisprudenciales y por ende un estado de inseguridad jurídica para las empresas⁵³⁵. Ante esto, en el año 2005 se introdujeron algunos cambios legislativos; entre estos que las personas jurídicas puedan ser responsables de cualquier delito, a excepción de los casos en que la ley expresamente establezca lo contrario⁵³⁶.

Ahora bien, la responsabilidad penal fue solo establecida para personas jurídicas con personalidad jurídica plenamente reconocida, incluidas: *sociedades comerciales, grupos de sociedades, asociaciones con y sin fin de lucro, sindicatos y partidos políticos; dejándose por fuera a*

531 Un cambio dado en parte por la tendencia internacional a responsabilizar a la empresa por delitos cometidos en su seno, ya que se reconoce que la responsabilidad penal de la persona jurídica es un movimiento en el Derecho Penal que traspasa ampliamente las fronteras francesas (*d'un mouvement de fond qui dépasse largement les frontières de notre pays*). Sobre esto PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Ed. L'Harmattan. 2003. p. 28.

532 Siempre que sea en el ejercicio de sus funciones y no podrán aplicárseles las penas de disolución o intervención judicial. Sobre esto: NIETO MARTÍN, Adán. "Derecho Penal europeo y comparado. Cooperación judicial", en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 24.

533 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed.. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p.116.

534 ROTH, Roberth. "La responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión", en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. p. 186.

535 PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Ed. L'Harmattan. 2003. pp. 26-27.

536 POELEMANS, Maiténa. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso francés". Rev. Eguzkilore. Número 28. 2014. p. 115.

*agrupaciones de facto como los holdings empresariales y a las personas jurídicas que se encuentren en proceso de inscripción en el registro mercantil*⁵³⁷.

El ordenamiento francés acogió la llamada teoría del órgano, la cual plantea que la persona jurídica puede ser imputada penalmente por los delitos cometidos por administradores o personas que representen a la persona jurídica, dejando por fuera los delitos que son cometidos por los subordinados, esta imputación debe cumplirse como mínimo una identificación de la persona física en la cual se pueda apreciar el dolo o la culpa en la conducta delictiva⁵³⁸ y así responsabilizarse a la persona jurídica de forma indirecta (*par reflet ou par ricochet*⁵³⁹). Sin embargo, en la práctica suele imputarse únicamente a la persona jurídica dejando por fuera a la persona físicas que haya cometido el delito en su representación⁵⁴⁰, pese a que no existe un mandato legal que así lo indique.

La posible multa para imponer a la persona jurídica tiene un límite mínimo y máximo, el máximo conlleva que la multa impuesta no sea tan excesiva como para frenar la actividad económica de la empresa, mientras que el límite mínimo no puede ser tan bajo, que pierda su efecto disuasorio⁵⁴¹. Asimismo, se pueden aplicar otro tipo de penas como en la mayoría de los ordenamientos, estas sanciones adicionales pueden ser: la disolución, la prohibición de ejercer cierta actividad empresarial, la administración judicial, entre otras⁵⁴².

6.6 Alemania

537 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. Tesis doctoral: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada. 2012. p. 164 ; POELEMANS, Maiténa. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso francés”. Rev. Eguzkilore. Número 28. 2014. p.116; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 112; PRADEL, Jean. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. p. 141.

538 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003. p. 116.

539 PRADEL, Jean. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”, en DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. p. 146.

540 POELEMANS, Maiténa. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso francés”. Rev. Eguzkilore. Número 28. 2014. p. 120.

541 GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. Tesis doctoral: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada. 2012. p. 165.

542 Las penas están establecidas en los artículos 131.37 a 131.49 del código penal francés. El art. 131.38 establece la posibilidad de que en caso de que no exista una multa para un delito determinado, el juez puede aplicar una multa de un millón de euros.

Desde 1949 el ordenamiento alemán prevé sanciones de carácter administrativo en contra de empresas. A partir de 1968 se integraron las sanciones posibles a empresas en la llamada ley OWiG (ley relativa a sanciones administrativas). Concretamente el castigo se encuentra regulado en el artículo 30 de esa norma⁵⁴³. Ese artículo castiga a la empresa como órgano representativo de una persona jurídica cuando actúe medio de sus representantes (juntas directivas, socios, apoderados, representantes de hecho, directores financieros o administrativos)⁵⁴⁴. La posible sanción por imponer en contra de la persona jurídica es de hasta diez millones de euros y cinco millones de euros en caso de negligencia más un porcentaje de ganancias⁵⁴⁵.

En el ámbito del Derecho penal económico, diversos casos de delitos han puesto de manifiesto que el derecho administrativo sancionador resulta insuficiente para abordar adecuadamente estas conductas. Por ello, el 16 de junio de 2020 se presentó el proyecto de ley denominado *Gesetzentwurf Zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft* (Proyecto de ley para Fortalecer la Integridad de la Economía). Ese proyecto de ley tiene como objetivos: *sancionar a las empresas por hechos delictivos, prevención por medio de programas de compliance, garantizar la competencia justa*⁵⁴⁶.

El proyecto de ley prevé la aplicación en casos de delitos económicos, dejando fuera en principio delitos ambientales; pequeñas y medianas empresas también sean sujetos penalmente responsables. Las posibles sanciones son de diez millones de euros y un máximo del 10% del volumen anual medio, y en caso de delitos imprudentes cinco millones y un máximo del 5% del volumen anual medio. El volumen anual medio se tomará considerando los ingresos de los últimos tres años de la empresa, tomando en consideración el volumen de negocio global. Estas sanciones pueden llegar a ser reducidas a la mitad en caso de que la empresa colabore con la investigación mediante una

543 Webinar Seminar: "¿Responsabilidad penal de la empresa en Alemania? Sobre el Proyecto de Ley para Fortalecer la Integridad de la Economía (Gesetzentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft) del Gobierno Federal del 16.6.20". organizado por la Asociación Peruana de Compliance y el CEDPE (Centro de Estudios de Derecho penal Económico y de la Empresa). conferencia dictada por el abogado alemán Dr. Ingo Bott. 30 de julio de 2020; y *Gesetzgebung | Gesetz zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft (BMJV)*, se puede consultar <https://datenbank.nwb.de/Dokument/Anzeigen/828106/>. (Consultado por última vez el 01/08/20).

544 MENA VILLEGAS, Oscar Gustavo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Jurídica Continental. 2019. p. 81.

545 Las principales multas aplicadas a empresas alemanas son: a Volkswagen de mil millones, Siemens de 201 millones de euros, HeidelberCement de 279 millones de euros. Sobre esto FCPA Blog: "At Large: In Germany, a weird tolerance for corporate crime". Por Richard L. Cassin. 30 de julio de 2020. Se puede consultar: <https://fcablog.com/2020/07/30/at-large-in-germany-a-weird-tolerance-for-corporate-crime/> (consultado por última vez 01/08/20).

546 https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.html.

investigación interna que debe estar a disposición de las autoridades en todo momento, siendo que un abogado de una firma puede ser el encargado de defender a la empresa en juicio y otro abogado de la misma firma puede ser el encargado de realizar la investigación interna⁵⁴⁷.

Además, plantea una aplicación bastante internacional, aplicación a crímenes cometidos en el extranjero e incluso cometidos por extranjeros cuando la empresa tenga su sede en Alemania. Como consecuencia de los anterior, las empresas alemanas deben conocer las leyes extranjeras de los países en los que tengan negocios, por ende, un deber de realizar una adecuada labor en temas de *compliance*⁵⁴⁸. Ahora bien, es importante indicar que desde su presentación el proyecto de ley ha tenido poco avance en el parlamento alemán.

7. La responsabilidad penal de la persona jurídica en España

7.1 Evolución histórica

La implementación en España de la responsabilidad de la persona jurídica por hechos delictivos es la respuesta del gobierno a una serie de instrumentos comunitarios que exigían que las personas jurídicas tuvieran responsabilidad por delitos cometidos en su seno⁵⁴⁹. Concretamente el II Protocolo del Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea, establece la obligación de los países miembros de responsabilizar a la persona jurídica por la falta de vigilancia o control que pudiera desencadenar en la comisión de delitos de corrupción, fraude o blanqueo de capitales por parte de colaboradores de la empresa⁵⁵⁰. Sin embargo, el documento comunitario deja la libertad a los Estados miembros de seleccionar varios aspectos sobre la responsabilidad de la empresa entre ellos: *1. La naturaleza jurídica de las sanciones, siendo que cada Estado puede decidir entre El Derecho Administrativo Sancionador o el Derecho penal para*

547https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Staerkung_Integritaet_Wirtschaft.pdf;jsessionid=41619B7184B6D0C44B0E67357A4E5234.1_cid334?__blob=publicationFile&v=2

548 Ibidem.

549 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 27.

550 Art. 3.2 del II Protocolo del Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea de 19 de junio de 1997.

imponer castigo a la empresa, el legislador español se decantó por la vía penal^{551;552[05]}; 3. *Los requisitos básicos del sistema de imputación, es decir el instrumento no establece que modelo de imputación deben adoptar los Estados; y 4.*⁵⁵³*sanciones a imponer en contra de la empresa.*⁵⁵⁴ En virtud de lo anterior, la normativa de responsabilidad de las personas jurídicas varía entre los países de la Unión Europea, tal y como se desprende del análisis de distintos Estados en las páginas previas de este trabajo⁵⁵⁵.

Ahora bien, el legislador español estableció la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la LO 5/2010 argumentado en el preámbulo una supuesta obligación por parte de numerosos instrumentos jurídicos internacionales de dar una respuesta penal clara para las personas jurídicas⁵⁵⁶, obligación que no existe, como previamente se mencionó. Adicionalmente, la decisión del legislador español también estuvo motivada por la importante cantidad de casos de corrupción (siguiendo el concepto planteado en este trabajo) que se han presentado en la última década.

El legislador español utilizó como base el sistema italiano de naturaleza administrativa (Decreto Administrativo 231) para construir el modelo español de responsabilidad penal de la persona jurídica. Así fue como en España se estableció la responsabilidad penal de la persona jurídica por medio de la reforma LO 5/2010, de 22 de junio. Este importante cambio en la normativa penal conllevó el fin del principio *societas puniri non potest*⁵⁵⁷. Cabe destacar que antes de la reforma de 2010, es decir, anterior a que entrará en práctica la responsabilidad penal de la persona jurídica, las empresas solo podían ser castigadas por medio de la figura de la imputación de partícipe a título

551 Sobre esto: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Penas para personas jurídicas ¿Ovejas con piel de lobo?”, en CALCINA HANCCO, Aldo (coordinador). *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*. Ed. Olejnik. 2018. p. 27.

552 Artículo 3.3 del II Protocolo del Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea de 19 de junio de 1997.

553 Art. 4 del II Protocolo del Convenio para la Protección de los Intereses Financieros de la Unión Europea de 19 de junio de 1997. Sobre lo anterior: NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 190-191; y NIETO MARTÍN, Adán. “Derecho Penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. Artículo: 2015. p. 21.

555 Adicionalmente, existen varios documentos comunitarios que también influyeron en la incorporación de la responsabilidad penal de la persona jurídica por parte de España, entre estos las Decisiones Marco del Consejo de Europa sobre: lucha contra el terrorismo de 13 de junio de 2002, lucha contra la trata de seres humanos de 19 de julio de 2002, protección del medio ambiente a través del Derecho penal de 27 de enero de 2003, lucha contra la corrupción en el sector privado de 22 de julio de 2003, lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornográfica infantil de 22 de diciembre de 2003, entre otras.

556 Preámbulo VII de la LO 5/2010: *Se regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas.*

557 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 331.

lucrativo que establece el Código penal e imponiendo alguna de las penas accesorias del art. 129 CP, las cuales son muy similares a las actuales penas a imponer a la persona jurídica.

Por otra parte, el art. 31 bis no establece un concepto de persona jurídica; únicamente se determina que quedan excluidas de responsabilidad penal, las personas jurídicas de derecho público, entre ellas: el Estado y las Administraciones Públicas; organismos reguladores; las organizaciones internacionales de derecho público; y organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía o administración⁵⁵⁸.

En España se considera imputables a las personas jurídicas, consideradas como entes con personalidad jurídica, que abarca tanto a españolas como extranjeras que cuentan con sucursales o centro de producción o servicio en territorio español⁵⁵⁹, cuando la capacidad organizativa y la toma de decisiones se encuentre en la matriz⁵⁶⁰. Mientras que específicamente en el proceso penal y de cara a poder evaluar la imputación penal de la persona jurídica, según la STS 154/2016, de 29 de febrero, existen tres categorías de empresas imputables penalmente:

- I. *Aquellas sociedades que operan con normalidad en el mercado y les aplican las características de adecuada gestión, supervisión y vigilancia de sus actividades.*
- II. *Las sociedades instrumentalmente utilizadas para la comisión de ilícitos penales: son las sociedades que desarrollan en su mayor parte una cierta actividad ilegal. Un ejemplo de este tipo de sociedades es las utilizadas habitualmente en esquemas de blanqueo de capitales o tráfico de drogas, en donde se mezclan fondos de origen lícito e ilícito, normalmente incrementando de manera gradual los fondos de origen ilícito.*
- III. *Las empresas con actividad totalmente ilícita o pantalla: son aquellas que no realizan ningún tipo de actividad legal o esta es insignificante frente a la actividad ilícita. Estas*

558 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en BAJO, M/FEJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 60. FEJOO SÁNCHEZ considera que deben incluirse también a las agencias y entidades públicas empresariales autonómicas y locales

559 Cabe destacar que la nacionalidad será relevante para determinar si se aplica el artículo 31 bis o el 129 lo cual dependerá de si las filiales españolas tienen o no personalidad jurídica.

560 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp. 320-321; FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en BAJO, M/FEJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. pp. 58-59.

sociedades suelen utilizarse para un fin delictivo único. Sobre esta última categoría es que podría recaer la pena de disolución de la sociedad.

Ahora bien, el legislador español mediante la reforma de 2010 dejó bastantes dudas especialmente respecto al modelo teórico de imputación seleccionado, ya que, para algunos autores, se establecía un sistema de doble vía de imputación⁵⁶¹, siendo poco claro si se estaba en la presencia de dos escenarios para la imputación: uno para los directivos o personas con poder de decisión y otro respecto al resto de empleados cuando no se ejerza el debido control, además no se establecía con claridad a que modelo teórico de imputación obedecían ambos escenarios.

Debido a estas dudas y al poco efecto práctico que tuvo la reforma de 2010, es que el legislador español realizó una nueva reforma mediante la famosa LO 1/2015⁵⁶². Sin embargo, la discusión sobre el modelo implementado no cesó; ya que si bien de la lectura del preámbulo III de la LO 1/2015 se puede apreciar lo siguiente: *que se viene a delimitar de forma adecuada el contenido del debido control, y que con ello se pone fin a las dudas que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial*. Se puede inferir que estamos ante un modelo de autorresponsabilidad o mixto, pero no de heterorresponsabilidad. Autores como GÓMEZ-JARA y BAJO FERNÁNDEZ justifican este punto de vista bajo el hecho de que la responsabilidad penal objetiva no está permitida en el Derecho penal español, por lo que ambos autores consideran que una construcción de culpabilidad desde el punto de vista del modelo de transferencia es inadmisibile⁵⁶³, y que por lo tanto el modelo que cabe en el código español es el de autorresponsabilidad⁵⁶⁴.

561 Ibidem: “Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación”.

562 La cual evidentemente no será la última en esta materia, especialmente por cuanto no han sido incluidos los delitos societarios como tipos penales que puedan generar responsabilidad penal de la persona jurídica.

563 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 39.

564 AYALA DE LA TORRE, José María. *Compliance*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2016. p. 52; AGUILERA, R/PALMA, J.M. *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Thomson Reuters. 2017. p. 21; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. Artículo: 2016. p. 29.

Pese a lo anterior, la Circular 1/2016, de 22 de enero, de la fiscalía general del Estado pronunció un punto de vista distinto, decantándose a favor de un modelo vicarial, modelo que fue compartido por algunos autores⁵⁶⁵. Estas dos posiciones encontradas generaron bastantes dudas las cuales se esperaba que la jurisprudencia viniera a solucionar de forma pronta; sin embargo, las Sentencias del Tribunal Supremo se han referido poco al tema. Por ejemplo, la STS 221/2016, 16 de marzo, establece lo siguiente: *Nuestro sistema, en fin, no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva, en las que el hecho de uno se transfiera a la responsabilidad del otro, aunque ese otro sea un ente ficticio sometido, hasta hace bien poco, a otras formas de responsabilidad. La pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio*. Es claro que los jueces españoles consideran que no es posible apreciar un sistema de responsabilidad vicarial, por ser este una manifestación de la responsabilidad objetiva. Por otra parte, al indicar el Código penal que debe probarse un *hecho delictivo propio*, se puede concluir, que estamos ante un modelo de autorresponsabilidad en donde la propia empresa es la que comete el delito⁵⁶⁶.

Adicionalmente, la STS 221/2016, de 16 de marzo, estableció que debe observarse un defecto organizativo en la empresa para que pueda responsabilizarse a la entidad por un hecho delictivo, es decir, no existe responsabilidad objetiva para la empresa por los hechos delictivos de la persona física, y sí un modelo de autorresponsabilidad acorde con el sistema constitucional vigente en España.

Entrando propiamente al núcleo de la reforma, es decir el art. 31 bis, él mismo debe ser analizado en varias partes, con la advertencia inicial de que la redacción de este no es del todo claro y da pie a importantes dudas y discusiones. El inciso 1 letras a) y b) establecen los dos presupuestos que permiten responsabilizar a la persona jurídica (llamado también doble vía de imputación⁵⁶⁷): *La letra a) castiga a la empresa por los actos cometidos por las personas con mayores poderes dentro de la empresa (directores, administradores, representantes legales, consejeros, entre otros.),*

⁵⁶⁵ Por ejemplo, GOENA VIVES, quien a lo largo de su obra la autora defiende que el modelo adoptado por el legislador es el de heterorresponsabilidad. GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. 2017.
⁵⁶⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 132.

⁵⁶⁷ Sobre esto FELJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. pp. 85-89; BALDOMINO DÍAZ, Raúl Andrés. *Base de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2022. p. 35.

quienes efectivamente dirigen y controlan la toma decisiones y por ende las “acciones” de la persona jurídica (la llamada mente o cerebro de la persona jurídica)⁵⁶⁸; sin que sea necesario que sean empleados de la empresa o incluso que estén vinculados a la misma mediante un contrato laboral⁵⁶⁹. Es importante que el hecho delictivo de la persona física debe ser realizado en el ejercicio de sus funciones encomendadas o toleradas y en beneficio directo e indirecto de la empresa.

Sin embargo, para algunos autores, como FEIJOO, no solo es necesario el actuar delictivo de una persona con altos poderes dentro de la empresa, sino que además es necesario que la empresa carezca de un órgano que controle la legalidad de las decisiones tomadas por la cúpula empresarial, o que sí dicho órgano existe, no haya ejercido sus funciones de vigilancia, supervisión y control de la forma debida, es decir plantea un doble requisito de un hecho individual junto a una deficiencia en el control empresarial que respalde el injusto empresarial⁵⁷⁰. Por lo tanto, la letra a) del inciso 1 del artículo 31 bis será aplicable a los delitos cometidos por las personas físicas con poder de dirección o autoridad para tomar decisiones, este mismo es el escenario considerado como más grave y en donde la aplicación de una posible eximente será más estricto, esto debido a que se parte que existe una carencia de cultura ética desde lo más alto de la empresa y por lo tanto el hecho delictivo conlleva mayor reproche penal. Desde el punto de vista del ámbito deportivo, serán imputables por este escenario: directivos, presidentes, directores de áreas, entre otros. Pero vale la pena plantear la interrogante de si un entrenador deportivo o incluso el jugador más importante de un equipo puedan ser considerados como capaces de dirigir la o controlar la persona jurídica. Lo que podría llegar a plantear importantes casos a nivel práctico.

Por su parte, la letra b) responsabiliza a la persona jurídica por los delitos cometidos por quienes estando sometidos a la autoridad de las personas físicas de mayor jerarquía y encargadas de la toma de decisiones (indicadas en el inciso a, directores, administradores, representantes legales y consejeros) lograron realizar el hecho delictivo, como consecuencia de no haberse ejercido sobre

568 PUYOL, Javier. “Corporate Compliance”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 147 y 148; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Los requisitos del art. 31 bis”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. pp. 76-78.

569 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Ed. Reppertor. 2016. p. 842. Pueden ser accionistas con amplio poder de decisión o incluso personas con alguna conexión con la empresa que tienen un amplio margen de decisión como por ejemplo familiares de las personas que ostentan los mandos más altos de la empresa.

570 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Los requisitos del art. 31 bis”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. pp. 84-85.

ellos el debido control, es decir se imputa a la persona jurídica por no haber controlado a sus agentes (*pueden ser empleados, autónomos, terceros, trabajadores subcontratados, entre otros*⁵⁷¹) que cometieron el hecho. En este segundo escenario, es donde se puede ubicar el defecto de organización, elemento que fundamenta la imputación penal de la empresa, mediante una omisión del cuidado debido en la evitación de la comisión de hechos delictivos por parte de los empleados; es decir estamos ante un escenario de imputación penal de la empresa por culpa *in eligendo, in vigilando e in instruendo*. Este inciso representa un escenario en donde, la falta de un adecuado control es una manifestación de una deficiente estructura organizativa⁵⁷².

Adicionalmente, para algunos autores es posible responsabilizar a la persona jurídica sin que se haya individualizado a la persona física, si falleció, o si actuó sin culpabilidad⁵⁷³. Estos detalles dan pie a lo que criticaba MIR PUIG, quien consideraba que únicamente las personas físicas pueden ejercer funciones de control, ya que son las únicas con capacidad de actuar y que por lo tanto no existe justificación real para imputar a la persona jurídica⁵⁷⁴.

Ahora bien, partiendo de la premisa que la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma e independiente de la responsabilidad de la persona física, lo cual no significa que no sea necesario analizar varios aspectos de la conducta individual para determinar su responsabilidad: 1. Deberá

571 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 350.

572 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. pp. 705-706.

573 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp.344 y 345; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. pp. 75; BAJO, M/FEIJOO, B./GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. Artículo: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. *La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal*. 2016. Cit. p. 69. Sobre estos primeros dos aspectos, la STS 221/2016 de 16 de marzo, indica que de acuerdo con la exposición de motivo de la LO 5/2010 la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizarse la responsabilidad penal de la persona física. En el mismo sentido la Circular 1/2016 FGE asegura que la responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de la responsabilidad penal de la persona física, mientras que el TS ha indicado que este criterio no es contrario a derecho y no viola la presunción de inocencia, y que efectivamente únicamente debe acreditarse que existió un hecho delictivo. pp.9 de la Circular 1/2016 FGE: *permitiendo incluso hablar de responsabilidad autónoma de la persona jurídica en el sentido de que su sanción no depende de la previa declaración de responsabilidad penal de la persona física*. Sobre lo anterior: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 45.

574 MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Ed. Reppertor. 2016. p. 843. Este segundo supuesto es considerado como un supuesto menos grave, por lo que la aplicación de una eventual atenuante es más flexible; permitiendo incluso aplicar atenuantes por comportamientos posteriores al delito (como se analizará más adelante. Sobre esto: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp. 350, 364-365. Quien no esta en contra de las sanciones a las PJ pero considera que preferiblemente debe quedar fuera del Derecho Penal, sin embargo considerando que el legislador las ha incluido en el ordenamiento español Silva las enmarca en lo que ha llamado segunda velocidad del Derecho Penal más debil y flexible para la imputación penal.

de analizarse que la conducta delictiva haya sido cometida por alguno de los sujetos que establecen los dos apartados del art. 31 bis, es decir representantes legales o aquellos autorizados para la toma de decisiones y por aquellos que estén sometidos a la autoridad de los anteriores; 2. La persona física deberá de haber realizado la vertiente objetiva del tipo penal ya sea mediante acción u omisión; en tercer lugar que dicha conducta delictiva haya sido realizada en beneficio directo o indirecto de la empresa.

Pese a lo anterior, preocupa que en la práctica se opte por una única persecución penal de la persona jurídica, renunciando así a seguir las formalidades de imputación que conlleva la persecución penal de las personas físicas, pero sin olvidar el respeto a las garantías constitucionales, ya que se deben aplicar a la persona jurídica las mismas garantías que se aplican a la persona física⁵⁷⁵. Otro aspecto por considerar es el efecto negativo en la administración de justicia que puede tener esa práctica en España, pues en lugar de incitar la colaboración de la empresa como el sistema anglosajón, más bien se promovería el silencio tanto de la persona física y de la empresa. Sin embargo, la jurisprudencia muy acertadamente ha establecido, por medio de la STS 221/2016, la necesidad justificar cualquier tipo de pena en contra de la persona jurídica es necesario que el fiscal realice el mismo esfuerzo probatorio que es requerido para probar cualquier pena en contra de una persona física, ya que el proceso penal no puede tener una doble vía probatoria, una para la persona física y otra para la persona jurídica. No obstante, existe una particularidad en el análisis probatorio de la persona jurídica: la fiscalía debe evaluar la idoneidad del modelo de organización de la empresa como medio para comprobar el defecto estructural de los modelos de vigilancia, gestión y supervisión en la empresa, elementos indispensables para fundamentar la culpabilidad empresarial. Así, de la STS 221/2016, de 16 de marzo, se deriva que la persona jurídica solo responderá penalmente cuando exista un incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad, quedando exentos de responsabilidad penal los incumplimientos menos graves o leves.

Se pueden establecer una serie de requisitos para que se pueda dar la imputación de la persona jurídica, concretamente se deben valorar cuatro aspectos:

⁵⁷⁵ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. pp. 114-155. El autor hace un análisis de la opinión de BAJO FERNÁNDEZ sobre el tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, en donde destaca el respeto por las garantías constitucionales de la PJ.

- I. La existencia de una conducta antijurídica de una persona física en el contexto de la empresa, es decir un hecho de conexión entre la conducta de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica, aunque no se pueda identificar de que persona física se trata (como sucede en los casos de partícipes en que no es posible identificar al autor del hecho o él mismo ha fallecido); La acreditación del hecho delictivo de la persona física es sumamente importante ya que será el hecho de conexión capaz de demostrar la vinculación entre la acción y la persona jurídica⁵⁷⁶.
- II. La persona física debe haber actuado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y en su provecho, es decir. que socialmente el hecho parezca como un hecho de la empresa.
- III. La presencia de un defecto estructural por falta de organización de la propia persona jurídica.
- IV. Un beneficio directo o indirecto por la persona jurídica⁵⁷⁷. Este beneficio debe ser una ventaja apreciable de forma objetiva, puede ser incluso un beneficio a futuro o una expectativa de ventaja⁵⁷⁸, (por lo que en el caso de equipos deportivos podría ser una ventaja de carácter deportivo; ganar un partido; sumar puntos; avanzar de ronda en un torneo; entre otras).
- V. La persona física del inciso 1 deberá de ser competente dentro de la organización (con facultades de decisión o/y ejecución) sin que necesariamente ostente una posición alta en el entramado empresarial; esta persona debe cometer desde el punto de vista objetivo una conducta criminal y haberlo cometido en nombre o representación de la persona jurídica⁵⁷⁹.

576 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 372.

577 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. pp. 80-81. Quien propone la siguiente formula: Delito Corporativo = Conducta antijurídica persona física + defecto estructural; GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho.. 2015. p. 41; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. p. 338.

578 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del código penal”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. pp. 34-35.

579 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 699.

Respecto a lo anterior, SILVA SÁNCHEZ, plantea dos interrogantes importantes: en primer lugar, referente al defecto de organización destaca un escenario interesante de analizar, qué sucede cuándo el delito se dio, pero sin que haya sido a causa de una organización defectuosa por parte de la persona jurídica, es decir sin que existiera el elemento subjetivo por parte de la persona jurídica; En segundo lugar, plantea una duda respecto a la necesidad de identificación de la persona física, que pasaría en escenarios en que existe un evidente hecho penal por el que puede responsabilizarse tanto a la persona física como a la persona jurídica, pero la persona física ha muerto después de cometer el delito⁵⁸⁰. Respecto al segundo problema el art. 31 ter CP plantea la solución, y establece que será imputable la persona jurídica pese a que no sea posible identificar a la persona física.

Adicionalmente, es posible identificar una serie de características sobre el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica vigente en España:

- I. Si bien las personas jurídicas también tienen derechos en el proceso penal, lo cierto es que los mismos no pueden interpretarse de la misma forma y por lo tanto el nivel de protección de la persona jurídica en el proceso penal es menor que el de una persona física⁵⁸¹. Esto tiene su fundamento en que la persona jurídica no se verá sometido a una pena en cárcel y que por lo tanto la dignidad humana no se ve afectada⁵⁸². Por ejemplo, el ejercicio al derecho defensa en la práctica no es igual, especialmente la defensa material.
- II. El ordenamiento español establece un sistema de *numerus clausus* respecto a las conductas por las cuales puede responder la persona jurídica⁵⁸³. Este catálogo de delitos la mayoría son

580 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (Dir.). Ed. Atelier. 2013. p. 28.

581 BRODOWSKI, Dominik. “Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 221.

582 Ibidem.

583 JUANES PECES, Ángel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.) *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Madrid España. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. pp. 11 y 12. Los delitos incluidos en el código penal español que generan responsabilidad penal de la persona jurídica son: *Tráfico ilegal de órganos* (CP art. 156 bis), *Trata de seres humanos* (CP art. 177 bis), *Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores* (CP art. 189 bis), *Delitos contra la intimidad y allanamiento informático* (CP art. 197), *Estafas* (CP art. 251 bis), *Frustración de la ejecución* (CP art. 258 ter), *Insolvencias punibles* (CP art. 261 bis), *Daños informáticos* (CP art. 264), *Delitos contra propiedad intelectual e industrial, mercado y consumidores* (CP art. 288), *Blanqueo de capitales* (CP art. 302), *Delito contra Hacienda Pública y Seguridad Social* (CP art. 310 bis), *Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros* (CP art. 318 bis), *Delitos de construcción, edificación y urbanización* (CP art. 319), *Delitos contra el medioambiente* (CP arts. 327 y 328), *Delitos relativos a la energía nuclear* (CP art. 343), *Delitos de riesgo provocados por explosivos* (CP art. 348), *Delitos contra la salud pública* (CP art. 369 bis), *Falsedad de medios de pago* (CP art. 399 bis), *Cohecho* (CP art. 427), *Tráfico de influencias* (CP art. 430), *Corrupción de funcionario público extranjero* (CP art. 445), *Delitos de organización criminal* (CP art. 570 quarter), *Financiación del terrorismo* (CP art. 576 bis),

únicamente de carácter doloso y delitos económicos y asociados al crimen organizado, terrorismo y en el ámbito deportivo, sin embargo, la empresa puede cometer de forma imprudente el blanqueo de capitales, cohecho, delitos ambientales y contrabando. Se espera que la expansión de la imputación penal de la empresa se oriente cada vez más hacia los delitos económicos.

- III. Uno de los requisitos más importantes para poder imputar a la PJ por un delito es la presencia de un beneficio directo o indirecto para la empresa; de acuerdo a la Circular 1/2011 FGE: *La sustitución de la expresión en su provecho por la de en su beneficio directo o indirecto, conserva la naturaleza objetiva de la acción, tendente a conseguir un beneficio sin exigencia de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad*⁵⁸⁴. Es decir, la Circular toma una posición bastante abierta respecto al concepto de beneficio e incluso lo iguala a una expectativa de beneficio. Por otro lado, la STS 154/2016, de 29 de febrero, establece que por beneficio debe entenderse toda clase de ventaja, incluso una simple expectativa o referida a aspectos como la mejora de posición respecto de otros competidores, y que pueda ser provechosa para el lucro o incluso para la mera subsistencia de la persona jurídica. Esto es especialmente relevante en el contexto de los equipos profesionales y en la aplicación de tipos penales propios del ámbito deportivo, como el amaño de partidos o el dopaje. En estos casos, la entidad puede no obtener un beneficio económico directo del amaño, pero sí una mejora respecto a otros competidores, lo que puede traducirse en mejores resultados deportivos que eventualmente generen beneficios económicos, tales como premios, venta de entradas, contratos de patrocinio y venta de jugadores, entre otros. Asimismo, una mejor posición de mercado, por ejemplo, mediante el fichaje de ciertos jugadores, puede hacer al equipo más atractivo para los potenciales patrocinadores.

*Contrabando (LO 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la LO 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando), adicionalmente en 2019 se adicionaron los siguientes delitos: abuso de información privilegiada en el mercado cuando ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores (CP art. 285 bis, incluido en los delitos contra el mercado), delitos de administración desleal o apropiación indebida del patrimonio público (CP art. 432), falseamiento de la contabilidad de entidades públicas (CP art. 433) y malversación impropia (CP art. 434) y por último todos los delitos de terrorismo como: colaboración, adoctrinamiento, exaltación, enaltecimiento o incitación al terrorismo (CP arts. 573 a 580). Adicionalmente, mediante la LO 10/2022 de 06 de septiembre se incluyeron algunos delitos por los que puede responder la PJ por delitos de naturaleza sexual, artículos 173.1, 184.5, 189 ter y 197. Sobre el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas en España: AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2da ed.. Ed. Aranzadi. 2022. pp. 372-380.*

584 La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado. Conclusión tercera.

IV. Por último, únicamente responderán las personas jurídicas de derecho privado con personalidad jurídica plena, ya que el legislador español dejó de forma expresa por fuera de los sujetos imputados por responsabilidad penal de la persona jurídica a las llamadas empresas públicas⁵⁸⁵, tal y como lo indica el apartado quinto del artículo 31 bis del código penal establece que: 1. *Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas*⁵⁸⁶; Adicionalmente no son sujetos penalmente responsables además de las entidades de derecho público: las entidades mercantiles estatales como cámaras de comercio y colegios profesionales, agentes políticos y sindicales⁵⁸⁷. Mientras que respecto a las llamadas UTE (Unión Temporal de empresas⁵⁸⁸), existe discusión al respecto, por un lado, la Circular 1/2011 de la fiscalía general establece que únicamente podrán aplicárseles el art. 129, mientras que autores como NIETO MARTÍN consideran que deben aplicárseles el art. 31 bis⁵⁸⁹.

7.2 Consecuencias jurídicas a imponer a la persona jurídica

La pena o sanción penal se suele asociar directamente con el ingreso en prisión de una persona, lo anterior pese a que existen delitos que solo contemplan sanción de multa; sin embargo, la persona jurídica al ser una ficción jurídica evidentemente no podrá entrar en prisión, por lo que resulta más adecuado utilizar la expresión consecuencias jurídicas para la persona jurídica. Ya que la empresa no puede entrar en prisión, los distintos Estados han establecido una serie de consecuencias

585 Otros países han dejado por fuera la posible responsabilidad penal del Estado y de las administraciones públicas entre ellas: Estonia, Letonia, Portugal, Austria, Bélgica, entre otros. Sobre esto: NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L y NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 172.

586 Sobre esto: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova. 2010. pp. 35-43.

587 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dir.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 347.

588 Sistema mediante el cual se unen dos o más empresas para realizar un proyecto u obra en común y que carecen de personalidad jurídica propia. de acuerdo con la ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y sociedades de Desarrollo Industrial Regional.

589 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”. En BAJO, M/FEIJOO, B/ GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 66. FEIJOO cita el criterio de NIETO MARTÍN.

aplicables a las empresas que se pueden clasificar en dos tipos: 1. Consecuencias patrimoniales y 2. Consecuencias interventoras o estructurales, entre estas destacan: multas; confiscación; suspensión o retiro de licencias; cese de las actividades corporativas; operar bajo la supervisión judicial; prohibición de contratar con la administración pública; prohibición de recibir incentivos fiscales; disolución de la persona jurídica o castigos asociados a la reputación de la empresa como la publicación de un extracto de la sentencia en los medios de comunicación⁵⁹⁰. Pero según las propias empresas la sanción con mayor poder disuasorio es la de prohibición de realizar la actividad comercial o limitarla de alguna forma⁵⁹¹. Cabe la pena preguntarse si en el ámbito deportivo sería posible exigir el cese de la participación en competiciones, al ser parte de una actividad comercial y si esa posible sanción tendría un mayor efecto disuasorio.

Las sanciones que se pueden imponer a la persona jurídica deberán ser indicadas mediante sentencia, pero en algunos Estados también pueden ser establecidas por acuerdos entre la fiscalía y la defensa. En el caso de sanciones mediante sentencias, debe tomarse en consideración que a lo largo del proceso la empresa puede sufrir alteraciones y por lo que tanto su solvencia económica se puede ver disminuida, es decir que llegado el momento de la sentencia sean insolventes o su panorama haya cambiado de forma significativa, por lo que desde inicio del proceso debería de buscarse las formas de garantizar que la persona jurídica va a poder a hacer frente a la sanción y sobre todo, garantizar su continuidad operativa⁵⁹².

590 AYDIN, Devrim. "Are they any suitable sanctions for new forms of corporate offenses?", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. Artículo: 2014. pp. 314-319.

591 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 170.

592 Con el objetivo de solventar esos posibles problemas de insolvencia de la persona jurídica al momento de la sentencia, algunos ordenamientos permiten al juez penal de instrucción imponer directamente medidas de carácter preventivo en contra de la persona jurídica, tal es el caso de Bélgica y Luxemburgo, que entre estas medidas preventivas permiten aplicar: suspensión del proceso de disolución o liquidación de la empresa, prohibición de transacciones de activos específicos que podrían conducir a la insolvencia de la empresa, el establecimiento de un depósito como garantía a las posibles penas a aplicar a la persona jurídica. Sobre lo anterior: *Code de d'instruction Criminelle du Grand Duché de Luxembourg Art. 89(1) Lorsqu'au cours d'une instruction, le juge d'instruction constate de sérieux indices de culpabilité chez une personne morale, il peut, si des circonstances particulières le requièrent, ordonner les mesures suivantes: 1. la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale; 2. l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale; 3. le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne. Y Code d'instruction criminelle du Royaume de Belgique, art. 91. Lorsqu'au cours d'une instruction, le juge d'instruction constate de sérieux indices de culpabilité chez une personne morale, il peut, si des circonstances particulières le requièrent, ordonner les mesures suivantes: 1° la suspension de la procédure de dissolution ou de liquidation de la personne morale; 2° l'interdiction de transactions patrimoniales spécifiques susceptibles d'entraîner l'insolvabilité de la personne morale; 3° le dépôt d'un cautionnement dont il fixe le montant, en vue de garantir le respect des mesures qu'il ordonne. Si les mesures visées à l'alinéa précédent concernent des biens immeubles, il est procédé conformément à l'article 35bis.* Mientras que el ordenamiento español, al igual que sucede con la responsabilidad civil, permite decretar garantías respecto a las posibles multas a imponer.

En el contexto español, el art. 33.7 CP establece las posibles *penas* a imponer a la persona jurídica. Estas consecuencias jurídicas son muy similares a las penas accesorias previstas por el art. 129 CP, y que existían de forma previa a la reforma de la LO 5/2010. Sin embargo, en esas penas accesorias no se incluía la multa. Autores como SILVA SÁNCHEZ, MIR PUIG y GÓMEZ MARTÍN sostienen que la responsabilidad penal de la persona jurídica es meramente nominal (o un fraude de etiquetas), dado que ni su fundamento ni consecuencias (que para ellos no pueden llamarse penas en sentido clásico) se fundamentan en el Derecho penal, equiparándose más bien a figuras de carácter civil en el proceso penal, como el enriquecimiento injusto o la participación a título lucrativo de la persona jurídica⁵⁹³. Además, argumentan que las sanciones impuestas carecen de un propósito retributivo o intimidatorio, ya que la persona jurídica no experimenta ningún sentimiento, y que el verdadero objetivo es fomentar la autorregulación⁵⁹⁴. No obstante, esta crítica podría invertirse, ya que, en algunos modelos con responsabilidad administrativa, como en Italia o Chile, dicha responsabilidad se determina en el marco del proceso penal, lo que también genera un “fraude de etiquetas”.

Específicamente, el modelo español de penas o consecuencias jurídicas a imponer a las personas jurídicas previsto en el art. 33.7 CP son las siguientes⁵⁹⁵: *multa; disolución de la persona jurídica; suspensión de sus actividades; clausura de sus locales; prohibición de realizar en el futuro las*

593 SILVA SANCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática”. BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. pp. 671-672; MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Ed. Reppertor. p. 838.

594 SILVA SANCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática”. BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces pp. 355-356.

595 Artículo 33.7: *Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas las consideraciones de graves son las siguientes: a) Multa por cuotas o proporcional. b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años. d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años. e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años. f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años. g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años. La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa.*

*actividades en cuyo ejercicio se haya cometido; favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones; intervención judicial*⁵⁹⁶.

El sistema de sanciones establecido por el legislador español combina un modelo dual: por un lado, el modelo económico, mediante la imposición de multas, y por otro, el modelo estructural, que busca, a través de la reestructuración de la empresa o su actividad, prevenir la comisión de futuros delitos. Este enfoque está contemplado en el art. 33.7, que incluye seis posibles penas adicionales. El objetivo de este modelo es incentivar a las empresas a adoptar medidas de autorregulación y autoorganización para evitar la posible comisión de nuevos actos delictivos.

Algunos autores, como CORTÉS BECHIARELLI, han propuesto dos clasificaciones para las sanciones aplicables a la persona jurídica: según la duración de la pena y según el bien jurídico del que se priva a la empresa. En cuanto a la duración, las sanciones pueden ser permanentes, como la disolución de la empresa o la prohibición de realizar determinadas actividades, o temporales, como la intervención judicial por un período específico. En lo relativo al bien jurídico afectado, las sanciones pueden dividirse entre aquellas que impactan el patrimonio de la empresa (multas) y otras que afectan la libertad de su actividad comercial, como la disolución, la prohibición de ciertas actividades o la intervención judicial⁵⁹⁷.

El legislador español ha configurado un amplio abanico de penas para que los jueces las apliquen de acuerdo con el caso concreto, el tipo de delito y las circunstancias específicas de la empresa. Lo anterior, desde el punto de vista del Derecho penal empresarial, tiene sentido, ya que no debe ser la misma pena la que se aplique a una empresa transnacional con miles de empleados en España y que participa en el mercado nacional e internacional, a la pena que se le aplicará a una persona jurídica pantalla utilizada con el objetivo de blanquear dinero producto de la venta de estupefacientes (*considerada como instrumental y que su actividad legal sea menos relevante que su actividad delictiva*⁵⁹⁸). En el primer caso la pena debe ajustarse al principio de *conservación* y

596 Todas las penas aplicables a la PJ son consideradas como graves; este último punto resulta una importante diferencia respecto a las penas aplicables a personas físicas, en virtud de que se pueden catalogar como graves, menos graves o leves, dependiendo de su naturaleza y duración. Sobre esto: CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b, y c”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 114.

597 Ibidem. p. 119.

598 Código Penal español artículo 66 bis 2.b.

*continuidad de la empresa*⁵⁹⁹, mientras que en el segundo debe ser encaminada a la disolución de la empresa fachada⁶⁰⁰. Para SILVA SÁNCHEZ, en los casos de grandes empresas se estará ante penas con carácter correctivas o preventivos y no la clásica pena con fundamento retributivo; adicionalmente tiene un importante efecto, ya que permite acoger los modelos de *compliance* como eximente penal⁶⁰¹.

FEIJOO SÁNCHEZ establece un posible problema práctico que puede llegar a darse, que surge cuando la empresa sea de una nacionalidad distinta a la española, en donde el problema principal recaerá al momento de ejecutar la pena asignada para la persona jurídica, respecto a las penas multas las mismas son de aplicación sencilla dentro de la Unión Europea pero en otros países pueden ser complicada su ejecución, mientras que las penas de prohibición o suspensión de actividades recaerá únicamente sobre las filiales existentes en España⁶⁰².

Uno de los grandes retos en un juicio penal contra una persona física es la imposición de la pena y la adecuada fundamentación. Ahora bien, a nivel de responsabilidad penal de la persona jurídica el problema también existe; sí bien el código penal español define reglas específicas para determinar la penal aplicable a las personas jurídicas, concretamente los arts. 50, 52, 53.5 y 66 bis establecen las sanciones; sistema que para FUENTES OSORIO es complejo⁶⁰³. Asimismo, ha definido un sistema que toma como referencia la pena impuesta a la persona física, para mediante un sistema de

599 HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 205.

600 La Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado siguiendo el criterio de autores como GÓMEZ-JARA, considera no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizada por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio entre otros elementos, recordando que la empresa utilizada como herramientas del delito o para dificultar su investigación, y en muchas ocasiones la empresa pantalla se asocia con una persona física en concreta, además agrega la fiscalía que es posible aplicar el levantamiento del velo para determinar la verdadera titularidad de la pantalla. Sin embargo, la jurisprudencia por medio de la STS 154/2016 de 29 de febrero estableció la necesidad de imputar a la persona jurídica sin importar si se está ante la presencia de una empresa pantalla, esto debido a que se deben respetar los derechos procesales de toda PJ, e incluso y tal como se analizó anteriormente la sentencia va más allá y es sumamente restrictiva respecto al criterio que considera que debe tener por empresa pantalla.

601 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 673.

602 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal “, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. (Dirs) *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. pp. 58-59.

603 FUENTES OSORIO, Juan Luis. *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. España. Ed. Bosch Editor. 2023. p. 169.

conversión poder definir la sanción que debería imponérsele a la persona jurídica⁶⁰⁴. Sin duda un tema que está abierto a la discusión y al análisis. A continuación, procederá a analizar cada una de las posibles sanciones que pueden sufrir las personas jurídicas en España.

7.2.1 La multa

Entrando al análisis concreto de las distintas sanciones a imponer a la persona jurídica, la principal y más importante es la multa. Esta pena en el caso de las personas jurídicas debe verse como un medio coercitivo, al igual que lo es la multa administrativa⁶⁰⁵, y su principal objetivo es que *las empresas adopten medidas de prevención y detección de hechos delictivos*⁶⁰⁶. Asimismo, mediante la multa se busca trasladar el costo del delito y del proceso penal a la empresa como modelo restaurativo.

La multa debe tener la suficiente fortaleza para ser disuasoria, pero sin llegar a ser excesiva al punto de provocar la insolvencia de la empresa y su eventual cierre. Es importante recordar que el objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica no es "cerrar empresas", sino corregir su comportamiento. A la hora de determinar la pena, el juez debe analizar las características específicas de cada empresa y las circunstancias de los delitos cometidos en ella. Sin embargo, la tarea al igual que determinar cuántos años ira una persona a prisión, no es para nada sencilla, debe evaluarse además el daño ocasionado, el beneficio obtenido, tomarse en cuenta la preservación de la funcionalidad de la empresa y que los empleados en los escalones más bajos no se vean afectados por la sanción; en todo caso, la cuantificación final deberá ser adecuadamente justificada por el juez⁶⁰⁷.

7.2.2 Otras consecuencias jurídicas para la persona jurídica

604 Ibidem.

605 MIR PUIG, Santiago. "Las nuevas "penas" para personas jurídicas: Una clase de "penas" sin culpabilidad", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 12.

606 NIETO MARTÍN, Adán. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010". *Rev. jurídica galega*. No. 63, 2009. pp. 62-63.

607 Cabe destacar que caso de impago de multa se procederá con la intervención de la empresa. Sobre lo anterior: CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Cusas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b, y c)", en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 132.

Dependiendo del tipo de delito y de las circunstancias de comisión del hecho, la multa podría no ser la sanción más idónea. NIETO MARTÍN hace referencia al ejemplo de una empresa de construcción que blanquea dinero producto del crimen organizado, en este caso la multa no cumplirá con el objetivo de la pena, ya que la empresa tiene ingresos importantes que le permiten hacer frente a la multa y no soluciona la fuente del problema; es para estos casos que el legislador ha pensado en el supuesto de intervención judicial⁶⁰⁸, y las demás medidas de reestructuración. Para FEIJOO SÁNCHEZ las medidas de reestructuración de la persona jurídica deben ser aplicadas cuando exista *a largo plazo una peligrosidad organizativa*⁶⁰⁹, es decir dándoles una equivalencia conceptual a las medidas de seguridad de las personas físicas; para llegar a esa conclusión deberá de hacerse un importante análisis de cómo se cometió el delito, la cultura empresarial existente y una revisión completa del programa de *compliance*.

Las posibles medidas a imponer encaminadas a corregir la estructura o la actividad de persona jurídica son:

- I. Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder los cinco años: *se podrán suspender todas o algunas de sus actividades, lo recomendable de acuerdo con el principio de preservación de la empresa es que se suspendan las actividades únicamente que el juez determina que son peligrosas o que se hayan demostrado fueron fuentes de delitos o que conllevan un riesgo alto para la comisión de delitos, por otra parte si el juez decreta la suspensión de todas las actividades transcurrido un año se debe proceder a la disolución de la empresa por la incapacidad manifiesta de conseguir el fin social*⁶¹⁰. Es en el caso concreto del deporte profesional, una posible sanción de suspensión de actividades deportivas durante un determinado período de tiempo difícilmente sea viable, ya que significaría una afectación al núcleo generador de los ingresos económicos del club, poniendo en riesgo directo la viabilidad económica de la entidad.
- II. Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años,

608 NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. Rev. jurídica galega. No. 63, 2009. p. 63.

609 Artículo: FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Las consecuencias jurídicas del delito”, en BAJO, M. FEIJOO, B. GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 274.

610 FARALDO CABANA, Patricia. “Las penas”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 141. Según lo establecido en el artículo 363.1.c de la Ley de Sociedades de Capital.

este epígrafe deja importantes dudas sobre si la persona jurídica podría disponer de los locales para ceder el uso (arrendamiento). En el ámbito deportivo podría plantearse el caso de cierre de estadios deportivos.

- III. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años, por ejemplo, una empresa con varios ámbitos de actividad ha cometido delitos contra el medio ambiente, el juez podría justificar un cese de 5 años respecto a la actividad relacionado con el medio ambiente, pero permitiéndole seguir su actividad en otros ámbitos para que no se convierta en una pena de disolución disfrazada de forma injustificada.
- IV. Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años, esta aplicara para casos relacionados especialmente en delitos de corrupción pública, fraudes fiscales o de subvenciones en donde la pena establecida así lo indica; en ciertas entidades esta sanción puede significar el equivalente a una pena de disolución, por ejemplo las federaciones deportivas que dependen casi en su totalidad de subvenciones del CSD a excepción de la RFEF, verían cesada de forma total sus actividades.
- V. Intervención judicial (*el equivalente a la libertad vigilada para personas físicas*⁶¹¹) para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años, es la pena más discutida y la más riesgosa para imponer, además de que conlleva un aumento en la carga de trabajo de juez importante, ya que toda decisión que deba de tomar el interventor deberá de consultarla con el juez o por lo menos debería de ser así, por otra parte en caso de que la intervención llevara a la quiebra a la empresa cabría cuestionarse la viabilidad de responsabilidad de carácter económico de la administración pública quien fue la encargada de tomar las decisiones por medio de un juez al final de cuentas.
- VI. Disolución de la persona jurídica: *la disolución producirá la pérdida definitiva de la personalidad jurídica de la empresa es decir la pérdida de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque*

611 FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Las consecuencias jurídicas del delito”, en BAJO, M. FEJOO, B. GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 290.

*sea lícita. La ficción jurídica de la persona jurídica desaparece y por lo tanto los registros mercantiles así deberán de hacerlo constar. Estos casos deben reservarse únicamente para los casos de organizaciones, grupos terroristas y en general toda aquella empresa instrumental que esconda una actividad delictiva como actividad principal*⁶¹². Lo anterior se justifica desde el punto de vista de análisis económico del delito y del efecto al costo social de la sanción a imponer, el costo social no puede ser mayor que el efecto beneficioso que se espera de la sanción, es decir que *cerrar una empresa debe estar justificado y ser una proporcionalmente menor al coste social de no hacerlo*⁶¹³.

Las empresas pantalla tienen como único objetivo de su existencia esconder la actividad delictiva desempeñada, como consecuencia, el legislador ha pensado en la pena de disolución de la persona jurídica, el equivalente a una pena de inocuización en una persona física, al ser considerada peligrosa para la sociedad. Sin embargo, para FEIJOO SÁNCHEZ estos escenarios deben plantearse el levantamiento del velo societario para lograr identificar a las personas físicas que instrumentalizan a dichas personas jurídicas, basándose en que las empresas pantalla utilizadas para delinquir no son más que un fraude de ley⁶¹⁴.

Por otro lado, según autores como GÓMEZ-JARA la responsabilidad penal de la persona jurídica no fue planteada para los casos de sociedades pantalla ni empresas familiares. En estos casos, las entidades no han alcanzado un tamaño ni una complejidad suficientes que requieran una organización interna elaborada⁶¹⁵, comparable a la de un menor de edad no imputable penalmente. Sin embargo, también plantea la necesidad político-criminal de sancionar de algún modo a estas empresas pantallas utilizadas para realizar actividades delictivas, escenario bastante común si se revisa la jurisprudencia actual en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica en España.

GÓMEZ-JARA considera que ese problema intentó ser solventado por el legislador español al incluir

612 Ibidem. p. 275.

613 RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015. p.117.

614 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. p.61. También con una tesis similar: HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 200.

615 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 245; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “¿Imputabilidad de las personas jurídicas?”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Ed. Thomson Civitas. 2005. pp. 440 y 444.

en el catálogo de sanciones para la persona jurídica tanto penas como medidas de seguridad, las primeras reservadas para sujetos susceptibles de ostentar culpabilidad jurídico-penal empresarial mientras que las segundas para aquellas personas jurídicas peligrosas desde el punto de vista penal, incluidas las sociedades pantallas⁶¹⁶.

Ahora bien, desde una perspectiva más práctica, la STS 154/2016 analizó un caso en el que previamente la Audiencia Nacional había ordenado el pago de una multa y la disolución de la persona jurídica al considerar que era una sociedad pantalla; sin embargo, el TS cambió la sentencia, aplicando únicamente el pago de multa y de forma fraccionada, anulando la pena de disolución, bajo el fundamento de preservación de los puestos de trabajo de la empresa condenada⁶¹⁷, un precedente que sin lugar a duda genera mayor discusión sobre la viabilidad de la pena de disolución⁶¹⁸.

Sin lugar a duda la pena a imponer para la persona jurídica dependerá de muchos factores, pero muy especialmente del modelo de *compliance* adoptado por la empresa, algo no solo tiene trascendencia desde el punto de vista de la pena (escogencia de pena, graduación de multa, entre otros) sino, también, para determinar el delito propio de la persona jurídica; tema que se analizará a fondo en el siguiente capítulo. Las penas a las personas jurídicas conllevan ciertas ventajas y desventajas a la hora de su aplicación, entre las ventajas destacan: *menor costo estatal para su aplicación, mayor capacidad de disuasión, un cumplimiento más rápido de la pena; mientras que en las desventajas se puede destacar: difícil elección de la pena más idónea a aplicar, dificultad de determinar un nivel óptimo de la pena de multa, poner en riesgo la supervivencia de la*

616 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. pp. 108-115; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 153-157.

617 STS 154/2016, de 29 de febrero, ponente don José Manuel Maza Martín. Se condena a dos empresas por ser utilizadas para cometer un delito contra la salud pública (tráfico internacional de cocaína) contra una de las empresas se ordena su disolución y el pago de una multa de 775.633.440€, mientras que contra otra empresa se impuso la sanción de prohibición de realizar actividades comerciales en España durante 5 años y una multa de 775.633.440€. y contra la tercera empresa la cual la Audiencia Nacional había sancionado con su disolución y pago de una multa igual a las otras dos sociedades, el TS ordena solo mantener la pena de multa y anular la disolución de la PJ con el objetivo de preservar los puestos de trabajo de esta.

618 Adicionalmente durante la pandemia otras sentencias del TS siguieron la misma línea, sin embargo, esas resoluciones también son influenciadas por un factor económico que no se puede ignorar, y es el tener que dejar a personas sin trabajo en momentos de crisis económica.

*empresa*⁶¹⁹, difícil aplicación de las medidas de reestructuración, posibles consecuencias para la administración en caso de que las medidas lleven a un estado de insolvencia a la empresa.

8. Toma de posición

En este punto, es fundamental adoptar una postura respecto a los modelos teóricos de responsabilidad penal de la persona jurídica. En primer lugar, discutir la viabilidad de la responsabilidad penal de la empresa resulta una cuestión superada, dado que esta responsabilidad es una realidad jurídica en la mayoría de los ordenamientos legales. Partiendo de esta premisa, desde una perspectiva teórica, el modelo más adecuado es el de la autorresponsabilidad penal empresarial. Si bien este enfoque puede resultar inicialmente sorprendente para los penalistas, ya que se basa en una construcción ajena al Derecho penal (sistemas autopiéticos), es el modelo más garantista. Este respeto a los principios constitucionales, como culpabilidad y personalidad de las penas, evita la aplicación de una responsabilidad por hechos ajenos. Además, el modelo garantiza el derecho de defensa, permitiendo a la empresa esgrimir mayores argumentos, especialmente en el ámbito de los programas de *compliance*, los cuales promueven una nueva tendencia de empresas comprometidas éticamente y contrarias a la corrupción.

Asimismo, el concepto moderno de corrupción, propuesto en el primer capítulo, cobra mayor sentido desde el punto de vista de la teoría de los sistemas de LUHMANN. Esta teoría, utilizada como base para describir el sistema de autorresponsabilidad penal empresarial, y analiza la corrupción no por medio de un sujeto, si no por medio de un observador⁶²⁰. Esto lleva a plantear que la corrupción dependerá del concepto que el observador le asigne. Considerando que, para efectos de este trabajo, se adopta un concepto amplio de corrupción, se abre la posibilidad de incluir la delincuencia económica cometida por medio de empresas o *patronage*, entre a este sistema.

9. Conclusiones parciales

619 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Cusas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b, y c”, en JUANES PECES, Ángel. (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. Artículo: 2015. pp. 120-121.

620 FCPA Blog, artículo: “What is corruption? Depends on who’s looking”. De William Weaver. 29 de enero de 2019.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es una realidad en la mayoría de los sistemas legales, en los últimos años este tipo de responsabilidad no ha hecho más que expandirse y difícilmente se verá una disminución en su aplicación. Por su parte, la doctrina europea continental ha pasado de un estado de únicamente a aceptar la responsabilidad penal individual a desarrollar diversas teorías o modelos de imputación penal de las personas jurídicas, lo cual resalta la evidencia como un componente que ha sido aceptado por el Derecho penal.

Además, de la mano de la responsabilidad penal de la persona jurídica han nacido los programas de *compliance* anticorrupción que serán analizados con mayor profundidad más adelante. Estos son considerados herramientas encaminadas a prevenir la corrupción en las empresas y funcionar como atenuantes o eximentes en caso de que los hechos delictivos se lleguen a dar. Respecto al ámbito deportivo profesional, en los últimos años ha existido una tendencia encaminada a que el ámbito deportivo implemente programas de cumplimiento, como se analizará con mayor detalle.

CAPÍTULO IV. *COMPLIANCE*

1. Introducción a los programas de *compliance*

No es posible hablar de responsabilidad penal de la persona jurídica sin mencionar los programas de *compliance*, ya que estos se han convertido en un elemento esencial al abordar y aplicar dicha temática. Los programas de cumplimiento son indispensables para determinar si la responsabilidad recae en la empresa y para establecer las sanciones correspondientes contra la persona jurídica. Además, permiten, en muchos casos, llegar a soluciones alternativas al proceso judicial que minimicen el impacto negativo en la empresa. Asimismo, los programas de *compliance* buscan prevenir la corrupción y el fraude empresarial, no solo evitando que la empresa cometa delitos, sino también protegiéndola de ser víctima de delitos cometidos por sus empleados o terceros.

El desarrollo de la responsabilidad social corporativa y el modelo de buen ciudadano corporativo han propiciado que los programas de cumplimiento se encuentren en un momento de auge y de expansión global. Por estos motivos, se procederá a una introducción teórica del tema de forma inmediata, para abordar en el último capítulo de este trabajo su vertiente más práctica y enfocada en la prevención de la corrupción en el ámbito deportivo, tema transversal del presente trabajo.

Sin embargo, se plantea una importante interrogante: ¿qué es concretamente el *compliance*? La respuesta es compleja. Si bien el término *Compliance* proviene de la frase en inglés *to comply with* que se puede traducir de forma imprecisa como *cumplir con la legalidad*⁶²¹, el concepto ha evolucionado significativamente. Originalmente, hacía referencia al cumplimiento de los pacientes con el tratamiento médico, pasando luego a la adaptación a la regulación sectorial a medida que esta se ha vuelto sumamente compleja⁶²², hasta llegar a referirse a los llamados modelos de cumplimiento penal en las empresas⁶²³.

621 NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 22.

622 CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 33.

623 GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. pp.207; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Ed. Palestra. 2014. p. 9; BALCARCE, F y BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 141.

A grandes rasgos, los programas de *compliance* en las empresas puede describirse como: *los medios de control y regulaciones internas como externas adoptados por la administración de las empresas, con el objetivo de cumplir con las disposiciones legales (administrativas, civiles, penales y/o ambientales), mediante la evitación de incumplimientos o violaciones legales por parte de la empresa o de sus empleados*⁶²⁴; SILVA SÁNCHEZ define *compliance* como la auto vigilancia de la empresa respecto al cumplimiento de la legislación aplicable a su ámbito de actividad⁶²⁵; por su parte BACIGALUPO SEGGESE considera que los programas de *compliance* tiene como finalidad prevenir y disminuir de forma considerable la posibilidad de comisión de delitos en el marco de la actividad empresarial⁶²⁶.

Los jueces se han aventurado a analizar cada vez con mayor detalle el alcance de la figura de los programas de *compliance*, no solo a nivel de sentencia, sino hasta en fase de instrucción, evitando la exposición innecesaria de la persona jurídica a la llamada *pena de banquillo*, ordenándose de esa forma el sobreseimiento definitivo a favor de empresas por contar con programas de *compliance* que pese a no ser perfectos eran adecuados, y que demostraban el compromiso de la empresa con la ética⁶²⁷.

Ahora bien, desde una perspectiva práctica el *compliance* puede clasificarse en dos vertientes el *regulatory compliance* y el llamado *compliance anti-corruption*: el primero nace con la expansión del derecho administrativo en Estados Unidos de América a mediados del siglo pasado, que tuvo como efecto directo el aumento de los requerimientos sectoriales para las empresas; es por esto que el *regulatory compliance* está enfocado en que las empresas cumplan con las regulaciones establecidas en la legislación especialmente en sectores ampliamente regulados como: financiero; telecomunicaciones; ambiental; transporte; consumo; competencia; seguros y por qué no, el ámbito

624 GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. 2017. p. 331; GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p.44; FAN, V-Tsien. “An analysis of institutional guidance and case law in the USA pertaining to compliance program”, en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. (coordinadores). *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 364

625 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 100.

626 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Compliance”. Revista en cultura de la legalidad, ISSN ISSN-e 2253-6655. No. 21, 2021. p. 268.

627 Caso Tándem seguido contra REPSOL Y CAIXABANK. Sobre esto: Despacho Molins, artículo “Sobreseimiento de REPSOL Y CAIXABANK en el Caso Tándem, gracias a la adopción de sistemas de compliance”. 06 de octubre de 2021. Se puede consultar en: <https://www.molins.eu/sobreseimiento-de-repsol-y-caixabank-en-el-caso-tandem-gracias-a-la-adopcion-de-sistemas-de-compliance/>. (Consultado por última vez 06/12/2021).

deportivo. Por otra parte, la otra vertiente conocida como *compliance anti-corruption* (o *compliance* penal) nació formalmente como consecuencia de la FCPA y con el claro objetivo de prevenir la corrupción pública desde la empresa. Sin embargo, ha evolucionado hasta convertirse en una herramienta para prevenir que la empresa cometa todo tipo de delitos (corrupción en sentido amplio) pero también como medida encaminada a prevenir que la empresa sea víctima de delitos.

Desde la década de 1970, el mundo ha experimentado una revolución tecnológica que ha transformado radicalmente todas las facetas de la vida humana. Este fenómeno continúa y continuará modificando progresivamente la manera en que llevamos a cabo nuestras actividades cotidianas. A esto se suma una expansión casi desenfrenada del modelo capitalista a nivel mundial, especialmente tras la caída del muro de Berlín lo cual resultó en un crecimiento y expansión internacional de las empresas, acompañado por un modelo de libre mercado y de globalización comercial. Como consecuencia, el económico mundial está dominado por empresas con presencia mundial y con un poder económico e incluso social, superior al de muchos Estados.

Las empresas tradicionalmente se habían regido por una libertad de autoorganización, sin embargo, el modelo capitalista ha evolucionado, el viejo concepto de una empresa que se limitaba a *lucrar de forma desenfrenada minimizando los costes y sin ningún cuestionamiento ético, ha mutado*⁶²⁸, actualmente las empresas buscan eliminar: las relaciones laborales opresivas, el mando dictatorial de los dueños de la empresa, el actuar de la empresa con repercusiones graves para el ambiente. Esas características son propias del llamado modelo antiguo de empresa, el cual además partía de tres principios básicos: *1. Maximizar el beneficio económico; 2. Respeto ajustado de las leyes, es decir cumplir con el mínimo que establece la legislación; 3. Defensa de intereses particulares*⁶²⁹.

Sin embargo, mediante cambios progresivos motivados por diversas luchas sociales y sindicales, han tenido importantes consecuencias no solo a nivel de los derechos laborales, pero también que las empresas estén enfocadas en crear y preservar una buena imagen corporativa, tanto a lo interno

628 CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2015. p. 257.

629 Los primeros cambios encaminados a abandonar el modelo financiero de la empresa se deben a las luchas laborales del siglo pasado por parte de sindicatos, dentro de las cuales hay que destacar las modificaciones laborales que realizó Henry Ford en 1926 por medio de la adopción del horario de ocho horas laborales y cinco días a la semana.

de la empresa como la visión que la empresa proyecta al mundo exterior⁶³⁰; recordando que la ausencia de valores dentro de una organización es un paso firme hacia una consagración del fenómeno de la corrupción dentro de dicho ente. Todos estos factores tuvieron como resultado un abandono progresivo del modelo clásico de empresa para dar paso hacia un nuevo modelo de empresa moderna, la cual parte de tres principios: *1. Obtención suficiente de beneficio económico; 2. Respeto holgado de las leyes preocupándose más por un comportamiento moral superior; 3. Defensa de intereses colectivos*⁶³¹. Para lo cual, en las empresas, especialmente en las más grandes e internacionales, la adecuada autoorganización empresarial va de la mano con una adecuada transmisión y procesamiento de la información, así como la obligación de mantener todo riesgo dentro de la empresa y que nadie resulte dañado⁶³².

Esta nueva era empresarial se rige por una nueva visión, en la cual la empresa debe ejercer su actividad de acuerdo con la ética, esto parte de los análisis realizados en manuales de ética en los años setenta del siglo pasado que acogieron la llamada *ética corporativa*⁶³³. Este concepto abarca aspectos como: la adecuada organización de la empresa, el respeto y cumplimiento de las normas legales, especialmente en materia medio ambiente, seguridad laboral y cada vez más en prevención de la corrupción, así como la adopción de buenas prácticas comerciales.

Actualmente, se vive una era en que cada vez más empresas buscan realizar su actividad con apego a la ética empresarial bien definida y con un modelo adecuado de *buen gobierno corporativo*⁶³⁴, en donde exista y se demuestre un verdadero compromiso por parte de la cúpula directiva y los socios en implementar una adecuada cultura ética. Pero lo cierto es que toda empresa vive en una competencia constante contra sus rivales, obtener y mantener un posicionamiento en el mercado es cada vez más difícil y se convierte en una tarea permanente para las empresas y aun cuando la responsabilidad social o ética corporativa sea un pilar dentro de toda organización, la propia

630 CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2015. p. 257.

631 LIZCANO, José Luis. "Buen gobierno y responsabilidad social corporativa". Rev. Partida Doble, núm. 182. Noviembre 2006. p. 24.

632 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial", en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. p. 127

633 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 20.

634 BACIGALUPO SEGGESE, Silvina. "Ética empresarial y Responsabilidad penal de las empresas". Rev. Encuentros multidisciplinares. Vol. 13, No. 39, 2011. p. 4.

actividad empresarial es la verdadera razón de ser de la empresa. Los gobiernos han implementado mecanismos de coerción para evitar que algunas empresas se escapen de esta nueva cultura ética ya que existen organizaciones en donde lo que se ha adoptado es una *cultura de incumplimiento de la legalidad*⁶³⁵.

Ahora bien, es importante indicar en este análisis, que no existe una única definición sobre el concepto de Buen Gobierno Corporativo, pero algunos autores lo han definido como: *el conjunto de prácticas y disciplinas que permiten dirigir y controlar una entidad para que la misma actúe de acuerdo con la legalidad, la rentabilidad o búsqueda del beneficio y la ética*⁶³⁶. Sin embargo, aquí debe dejarse claro que *los reproches éticos de una empresa no pueden equipararse de ninguna forma con reproches legales y mucho menos con reproches jurídico-penales*⁶³⁷, pero, no se puede restar importancia a la ética empresarial, si bien es cierto no existe un tribunal que juzgue la ética de las empresas, sí que existe el renombre o reputación empresarial (considerado una parte intangible de las empresas y una parte esencial de la marca⁶³⁸) que se puede definir como la visión que tiene el consumidor y los socios comerciales de una empresa concreta, y juega un papel determinante en el éxito de una empresa. Esta reputación puede verse gravemente afectada por un escándalo ético, causando incluso la desaparición de una empresa y es aquí donde la *ética empresarial* toma importancia para evitar catástrofes reputacionales, que pueden llegar a ser mucho más graves que cualquier sentencia penal.

Como componente fundamental del Buen Gobierno Corporativo, la implementación adecuada de *compliance* se erige como una herramienta de suma relevancia en la lucha contra la corrupción y la delincuencia económica dentro del entorno empresarial. Es crucial entender que el *compliance* no debe concebirse meramente como un mecanismo de salvaguardia ante posibles acusaciones penales contra la entidad jurídica, ya que tal enfoque desvirtúa el propósito fundamental de un programa de *compliance*. Este propósito radica en alinear a la empresa con el marco legal y prevenir la perpetración de delitos, mediante la promoción y consolidación de valores inherentes que

635 BANACLOCHE, J/GÓMEZ-JARA, C/ZARZALEJOS, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. 2011. p. 31.

636 MARCH, Carmen. “El buen gobierno corporativo, instrumento de la cultura de cumplimiento”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel. (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Ed. Thomson Reuters. 2017. p. 122.

637 637 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 87-88.

638 En muchos casos con un valor económico superior a los activos empresariales.

deberían estar arraigados en la empresa desde antes de la implementación del programa de *compliance*, tales como la ética, la gobernanza, el Buen Gobierno Corporativo, la transparencia y la adopción de un modelo organizativo apropiado.

En el ámbito deportivo, especialmente en clubes profesionales de fútbol, esto representa un desafío significativo, pues demanda un auténtico compromiso por parte de la alta dirección para propiciar un cambio de mentalidad en el deporte. Empresas estadounidenses enfrentaron un reto similar al iniciar la instauración de programas de *compliance* normativo en la década de 1980 y su expansión a través de sus subsidiarias; *fue un proceso de cambio de mentalidad a lo interno de las empresas y sus directivos, pero ha tenido resultados positivos*⁶³⁹. Por consiguiente, resulta imperativo adoptar medidas específicas propias del *compliance* anticorrupción o cumplimiento penal. Con base en esta premisa, este trabajo doctoral propone la subdivisión del *compliance* en esas dos etapas⁶⁴⁰.

En la primera etapa de *compliance*, el cambio más difícil es adoptar un adecuado modelo organizativo⁶⁴¹, (se analizará en capítulo específico) especialmente en entidades que cuentan con figuras autoritarias, que ostentan amplias facultades en la toma de decisiones, y en muchos casos perpetuadas en el poder, lo cual los puede hacer llegar a sentirse *intocables*, desencadenando en posibles hechos delictivos. Figuras que suelen ser frecuentes en el ámbito deportivo. En segundo lugar, las entidades deben dar el salto hacia la profesionalización completa de su estructura, esto conlleva comprender que son estructuras similares a las empresas y que por lo tanto deben contar con los mismos departamentos que cualquier empresa (finanzas; dirección; contabilidad; recursos humanos; legal; marketing; compras; *compliance*; auditoría; entre otros). Asimismo, dentro de la profesionalización es necesario contar con empleados que cuenten con una adecuada formación y experiencia en el departamento en el que se desenvolverán y procurar que la entidad deportiva garantice la estabilidad laboral de los mismos. Existen dos razones de peso para exigir la

639 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 223.

640 Estas dos etapas fueron expuestas de una forma distinta por el Prof. PAINE, quien estableció dos categorías de *compliance*, pero sin enlazarlas ni estableciendo una relación directa entre ambas, PAINE estableció una primera categoría llamada *compliance* encaminada a prevenir *White collar & corporate crimes*, y una segunda categoría llama integridad guiada por los valores éticos y compromiso con una adecuada cultura ética. Mientras que en este trabajo doctoral se plantea mediante etapas relacionadas entre sí y siendo la primera etapa aquella encaminada a la promoción de la cultura ética y el modelo de buen ciudadano corporativo, mientras que la segunda etapa se establece el *compliance anticorruption*. Sobre las categorías de PAINE: LAUFER, William S. "Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance". *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1395.

641 O un adecuado modelo de organización como lo define el artículo 31 bis del Código Penal.

profesionalización del sector, por un lado, se realizará una mejor gestión de los recursos, por otro lado, la profesionalización es un elemento clave para promover la integridad en una entidad⁶⁴². Ese último elemento también supone un importante reto en el sector deportivo. Los principios del Buen Gobierno Corporativo deben establecerse como pilar de la gestión empresarial desde esa primera etapa, en donde las empresas deben ser gestionadas de forma adecuada para controlar que su actividad empresarial no produzca peligros en la sociedad⁶⁴³, esto mediante la implementación de una adecuada autorregulación y autoorganización⁶⁴⁴.

Respecto al Gobierno Corporativo, el concepto nació como primer gran cambio en la nueva era del mundo de los negocios, con un objetivo principal, canalizar de forma adecuada las relaciones entre los propietarios (o accionistas) de la empresa con los directivos y administradores. Para lograr lo anterior, los mandos superiores de la empresa deben ejercer su potestad para asegurar una adecuada organización de la empresa con el objetivo claro de evitar lagunas de información o comunicación que aumenten el riesgo de delitos⁶⁴⁵, pero especialmente el abuso de poder entre accionistas⁶⁴⁶. Por otra parte, el *Buen Gobierno Corporativo* tiene como objetivos secundarios: *mejorar la organización, control y gestión de la empresa, implementar determinados mecanismos que establezcan las bases para dirigir adecuadamente la empresa, así como la puesta en práctica un sistema de repartición de poder en la toma de decisiones, así como efectivos mecanismos de control que disminuyan los riesgos, logrando que todo el actuar de la empresa sea “bueno”, potenciando de esta forma los beneficios para los dueños de la empresa*⁶⁴⁷.

El Buen Gobierno Corporativo parte de tres elementos esenciales: 1. *La necesidad de un control interno por medio de un comité de auditoría con plena independencia*; 2. *La necesidad de control externo, la realización de auditoría externa por parte de la empresa al menos una vez al año*; 3.

642 PUYOL, Javier. “La corrupción pública”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 66.

643 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 249-252. Quien manifiesta: “*A good corporate citizen is the one who abides with the law*”.

644 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”, en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J/VILLORIA, M. (Dir.). *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. 2016. p. 440.

645 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”, en ARROYO, L y NIETO, A. (Dir.). 2da. ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 244.

646 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Aproximación a la influencia del gobierno corporativo sobre el Derecho Penal económico”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.). *Gobierno corporativo y Derecho Penal*. Ed. Universitaria Ramón Areces. 2008. p. 156.

647 LIZCANO, José Luis. “Buen gobierno y reponsabilidad social corporativa”. Rev. Partida Doble, núm. 182. Noviembre 2006. pp. 21-23.

*El equilibrio y limitación del poder a lo interno de la empresa, mediante una adecuada organización interna que establezca de forma clara la segregación de funciones dentro de la empresa, evitando de esta forma los abusos de poder y los conflictos de interés y permitiendo una trazabilidad de las decisiones tomadas*⁶⁴⁸.

*El Buen Gobierno Corporativo toma sus bases en la divulgación de información y en la transparencia empresarial*⁶⁴⁹, es decir en la intención de las empresas por demostrar que sus actividades se realizan con apego al ordenamiento jurídico, respeto de los derechos de sus trabajadores, protección al medio ambiente y con un mensaje en contra de cualquier tipo de corrupción, por nombrar algunos. En virtud de lo anterior, la empresa logra una imagen renovada y limpia frente a sus socios comerciales y clientes; imagen que las empresas no dudan en explotar en su publicidad con el objetivo de fidelizar a nuevos clientes, atraer inversionistas y mejorar su posición en el mercado.

Para que la empresa pueda probar su verdadero compromiso con el Buen Gobierno Corporativo debe implementar una serie de medidas: existencia de un compromiso público y expreso de la dirección con las normas de Gobierno Corporativo y con la transparencia; contar con un departamento de relación con los inversores; contar con un procedimiento claro de toma de decisiones estratégicas y de negocio; publicar los informes de auditoría y el informe de responsabilidad social corporativa; adoptar una política de retribución de los consejeros y empleados responsable; transparente y sostenible a mediano/largo plazo; implementar un sistema adecuado de selección y de evaluación de los consejeros; contar con un programa de actualización de conocimientos para los miembros del consejo; establecer protocolos claros que explican cómo resolver conflictos de interés; un tratamiento equitativo de todos los accionistas; una adecuada gestión de los riesgos y la independencia; participación y profesionalización de los consejeros; entre otros⁶⁵⁰.

648 Sobre los tres elementos: HERRERA VELARDE, Eduardo. “Derecho penal y buen gobierno corporativo: aproximaciones a la realidad peruana”, en PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. pp. 123-124.

649 MELÓN, A/RUIZ, F.J/RUIZ-OLALLA, M.D. “Readability in management reports: extension and good governance practices: La legibilidad en los informes de gestión: extensión y buenas prácticas de gobierno corporativo”. *Rev. de contabilidad: Spanish accounting review [RC-SAR]*, ISSN 1138-4891, Vol. 24, N° 1, 2021. p. 22.

650 *Transparency International* España. “Guía Práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo, y prevención de la corrupción”. 2017. pp. 62-65. Se puede consultar en: <http://transparencia.org.es/wp->

Los programas de *compliance* han sido catalogados como un importante mecanismo para evaluar si una empresa es un Buen Ciudadano Corporativo⁶⁵¹. Ya que un adecuado programa de *compliance* requiere una base sólida de los pilares del Buen Gobierno Corporativo, por lo tanto, si un programa de *compliance* funciona se debe en gran medida a la existencia de los principales elementos del Buen Gobierno Corporativo.

A continuación, se hará un listado de los principales elementos que de acuerdo con la doctrina dan forma al Buen Gobierno Corporativo:

- I. La Gobernanza o *Governance*: es el sistema de prácticas y procesos por los cuales la empresa es dirigida mediante una buena administración, que contribuye positivamente al desarrollo de la economía y la sociedad⁶⁵², mediante un verdadero compromiso por parte de los directores de la empresa para obedecer la ley y a preservar los intereses de los accionistas o socios especialmente aquellos minoritarios⁶⁵³. De acuerdo con la bibliografía consultada, en el ámbito deportivo la Gobernanza no está lo suficientemente extendida como debería⁶⁵⁴.

content/uploads/2017/07/guia-autodiagnostico.pdf. Consultado por última vez 11 de octubre de 2019. Y Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del Gobierno Corporativo. Preámbulo V.

651 GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. p. 255; REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Implementación de los *compliance* programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados”, en AMBOS, K/CARO, D.C/MALARINO, E. (coordinadores). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y Cedpal de la Georg-August Universität de Gotinga. p. 458.

652 TIEDEMANN, Klaus. “Presente y futuro del Derecho penal económico”, en *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Ed. Thomson Civitas. 2005. p. 1031.

653 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. pp.71; PAZ-ARES, Cándido. “Deber de lealtad y gobierno corporativo”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.). *Gobierno corporativo y Derecho Penal*. Ed. Universitaria Ramón Areces. 2008. p. 15.

654 JORGE, Guillermo. “From patronage to managerial accountability”, en PIETH, Mark. *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 51; BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. (editores). *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p.107. Quiénes consideran que la falta de Gobernanza resulta especialmente grave cuando estamos ante entidades de máximo nivel como la FIFA o el COI, entidades con características sumamente especiales. En virtud de lo anterior, varios especialistas en el tema han recomendado adoptar en la FIFA y el COI una estructura de gobernanza empresarial tradicional junto con aspectos que se incluirían en entidades de derecho internacional público, mediante la adopción real de principios como: transparencia, cumplimiento, contabilidad, imparcialidad, estructuras corporativas, controles financieros, auditorías y publicidad de la ejecución presupuestaria. Mientras que para los clubes deportivos y federaciones nacionales se plantea que los mismos deberían de estar regidos por tres componentes distintos de gobernanza: 1. la corporate governance referente al comportamiento ético respecto a la dirección de entidades deportivas, 2. Systemic governance, que describe la cooperación de las entidades deportivas con otras organizaciones importantes para lograr objetivos en común (con federaciones nacionales e internacionales, Naciones Unidas), y 3. Political governance, referente a los procesos que las agencias del Estado buscan encaminar a las entidades deportivas a cumplir ciertos objetivos mediante la presión moral, el uso de beneficios fiscales o directamente mediante la regulación de licencias.

II. Como segundo elemento, la ética corporativa es el concepto empresarial que tiene como objetivo que la empresa se rija de acuerdo con las normas éticas que el ciudadano medio esperaría que la empresa o la entidad deportiva cumpliera. En la década de los setenta del siglo pasado, se dio un importante crecimiento de la discusión respecto a este tema, especialmente después del escándalo de *Watergate*⁶⁵⁵. Para lograr el comportamiento ético dentro de la empresa, es preciso que la ética corporativa sea puesta en práctica por medio de la implementación del Gobierno Corporativo Empresarial, que a su vez necesita el apoyo de dos herramientas centrales: el Buen Ciudadano Corporativo y la Responsabilidad Social Corporativa⁶⁵⁶; el primero, orientado al cambio interno dentro de la empresa, mientras que el segundo, con el objetivo de cambiar la relación de la empresa con el mundo exterior, tal y como se analizara a continuación. Es decir, toda la estructura ética de la empresa está conectada y necesita de todos sus elementos para funcionar (Ciudadano Corporativo, Responsabilidad Social Corporativa, Gobierno Corporativo y Ética Corporativa), por lo que deben desarrollarse en conjunto.

III. Responsabilidad Social Corporativa: es un tema que se encuentra en boga entre las grandes y medianas empresas, nace como un concepto que ubica a la empresa en un entramado de relaciones con: empleados; clientes; proveedores; competidores; la comunidad; el medio ambiente y la sociedad en general. Esto se traduce en la puesta en práctica de acciones concretas encaminadas a demostrar el compromiso social de la empresa con el ámbito social, económico y ambiental de la misma (por medio de códigos de Buen Gobierno Corporativo)⁶⁵⁷. Concretamente se puede decir que la Responsabilidad Social Corporativa es la contribución de la empresa al mejoramiento social, económico y ambiental, especialmente en las comunidades cercanas a sus instalaciones, pero no limitado a: *también podrá realizarse mediante la promoción, patrocinio o actividad conjunta por medio de ONG, fundaciones u otras*⁶⁵⁸. La empresa realiza esto motivada en la concepción empresarial moderna de

655 THOMAS, Rosamund. "Business Ethics", en: Mullerat, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 36.

656 El buen ciudadano corporativo es un movimiento que nació en la década de los años 90. Sobre esto: LAUFER, William. "Ilusões de compliance e governança", en SAAD-DINIZ, E/PODBOI, P/OLIVERIA, J. (Organizadores) (*Tendências em governança corporativa e compliance*. Ed. Liber. 2016. p. 13.

657 Actualmente la Responsabilidad Social Corporativa es utilizada como un importante instrumento de propaganda para las empresas, aspecto que puede cuestionarse ya que se abandona el verdadero espíritu de ayudar por un fin puramente propagandístico con el objetivo de consolidar la marca empresarial. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio societatis delinquere non potest", en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 339.

658 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 59.

preocuparse por la comunidad, pero también motivada en el *marketing* que esto representa en el mundo de los negocios contemporáneo. El ámbito deportivo también se ha involucrado con la Responsabilidad Social Corporativa, mediante diversas iniciativas de entidades deportivas, especialmente con ONG's y Naciones Unidas⁶⁵⁹. Sin embargo, como se verá más adelante las ONG'S también suponen un riesgo, especialmente en el sector deportivo.

Desde el inicio del nuevo milenio, ha existido una creciente tendencia global de las empresas por adoptar modelos de *Responsabilidad Social Corporativa*⁶⁶⁰, en gran medida gracias al fenómeno de la globalización, pero especialmente por los beneficios que recibe la empresa; *entre los beneficios que reciben la empresa por implementar una adecuada Responsabilidad Social Corporativa están: fortalecimiento de la marca; mejora la satisfacción del cliente y de los empleados; reducción de costos operativos en razón de la eficiencia de los procesos; diferenciación del producto; mejora de la competitividad; evita los gastos de procesos judiciales; incrementa la transparencia*⁶⁶¹; y crea una mejor relación con los clientes e incluso con los colaboradores de la empresa⁶⁶².

659 El concepto de Responsabilidad Social Corporativa no es algo nuevo, ya que inició en los años treinta del siglo pasado cuando se planteaba la posibilidad de que la empresa repensara su rol en la sociedad. Sin embargo, no fue hasta mediados de los años ochenta cuando el cambio climático y el aumento en la mala distribución de la riqueza llevaron a cuestionar el modelo de capitalismo tradicional adoptado en el mundo occidental y que se enfoca solo en el beneficio del accionista. Frente a este pensamiento del modelo clásico de capitalismo es que nace la Responsabilidad Social Corporativa, que puede definirse como el concepto mediante el cual las empresas voluntariamente deciden respetar y proteger a sus accionistas, contribuir a un ambiente más sano, a una mejor sociedad, una adecuada relación de la empresa con sus empleados, proveedores y la comunidad en general. Para esto la Responsabilidad Social Corporativa requiere de la cooperación de la empresa con el gobierno y la sociedad civil. Sobre esto: MILWARD-OLIVER, Gerald. "The soul of the Corporation", en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 95; del mismo libro: SHESTACK, Jerome J. "Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World". p. 113; del mismo libro: HOPKINS, M/HOPKINS, I. "Labour standards and Corporate Social Responsibility: The need for a planetary bargain". pp. 158-159.. Estos últimos dos autores incluyen un listado de los elementos que se deben analizar para determinar que la empresa tiene una verdadera Responsabilidad Social Empresarial: rentabilidad, pago de impuestos, planes a largo plazo sobre rentabilidad e inversiones, procesos de producción amigables con el ambiente, productos socialmente responsables, código de ética empresarial, políticas comprensibles de Responsabilidad Social Corporativa, buenas relaciones con la comunidad en donde la empresa tiene sus instalaciones, contribuciones filantrópicas, abstenerse de cometer prácticas corruptas, abstenerse de los precios de transferencia, buenas condiciones laborales, prácticas laborales flexibles, prácticas de reclutamiento no discriminatorias, programas de formación para empleados, integración de los empleados en discusiones sobre reestructuración empresarial, procedimientos para recolocación de empleados en caso de disminución de personal, publicidad de la información financiera y apoyo a fondos de inversión social.

660 Sobre eso: SHESTACK, Jerome J. "Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World", en: Mullerat, Ramon. (editor) *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. pp. 118-119. De acuerdo con BACIGALUPO SAGGESE la idea de la responsabilidad social empresarial nació en los años 50-60's del siglo pasado, como una nueva visión de la relación de la empresa con la sociedad y todos sus componentes. Sobre esto último: BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal", en GÓMEZ, V/BOLEA, C/GALLEGO, J.I/HORTAL, J.C/JOSHI, U. *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE. 2022. p. 423.

661 MARTÍN, Felix. "Corporate Social Responsibility and Public Policy", en: Mullerat, Ramon. (editor) *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 95.

662 SHESTACK, Jerome J. "Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World", en: Mullerat, Ramon. (editor) *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 120:

Una vez que los elementos indicados anteriormente han sido adecuadamente establecidos en la empresa, es momento de implementar la segunda etapa del *compliance*, los llamados programas de cumplimiento anticorrupción. Esta etapa es orientada por las bases de la primera etapa (la ética, la gobernanza, el buen gobierno corporativo, la transparencia y la adopción de un adecuado modelo organizativo) que si bien van a mejorar en esta segunda etapa ya deben existir de forma previa. Asimismo, en etapa del *compliance* anticorrupción, el código ético toma una trascendencia muy importante ya que será el documento base para la implementación de distintos protocolos en la empresa; pudiéndose afirmar que el código ético sería el equivalente a la Constitución Política de la empresa a la cual los distintos protocolos deben apegarse, como si fueran leyes en un Estado.

El presente trabajo al ser eminentemente penal, se analizará únicamente la llamada segunda etapa, es decir los programas de *compliance anticorruption* o programas de cumplimiento penal, partiendo de la base de que ya se ha adoptado en las entidades la primera etapa y que el *compliance* penal viene a reforzarlas y a prevenir la comisión de ilícitos penales. Por lo tanto, se procederá al análisis de los elementos del *compliance* penal (también llamado anticorrupción o *criminal*).

2. Criminal *compliance*

El contenido de los programas de *compliance* ha evolucionado para dejar atrás el viejo paradigma de *solamente cumplir con la norma*, para incorporar aspectos sobre gobernanza, la gestión del riesgo, auditoría interna, y más recientemente el *compliance* anticorrupción o *compliance* penal; ha recibido el nombre de *Governance, Risk Managment & Compliance*⁶⁶³. Adicionalmente, se ha pasado de un cumplimiento únicamente del *Hard Law*, cumplimiento puro y duro de la norma, para dar paso a un acatamiento igual de estricto del llamado *Soft Law*, *recomendaciones especialmente sectoriales de acatamiento voluntario*⁶⁶⁴, lo cual permite afirmar que el *compliance* es un híbrido entre la vertiente pública y privada, por una parte, existe presión desde el punto de vista público

SHESTACK cita el ejemplo de la tienda Sears Roebuck y su programa de ayuda a la ONG de lucha contra el cáncer Gilda Group, Sears aumento sus ventas en un 50% en las ciudades que patrocinaba dicho programa contra un 15% en las que no, esto en el 2001, 663 CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 35.

664 SÁIZ PENA, Carlos Alberto. “Capítulo I: Introducción: ¿Qué es el Compliance?”, en SÁIZ PEÑA, Carlos Alberto (coordinador). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 38.

mediante los Estados y sus legislaciones (*Hard Law*), pero con recomendaciones de carácter *Soft Law*, sectoriales y de entidades internacionales como la OCDE e incluso ONG como *Transparencia Internacional*⁶⁶⁵: se han implementado listas negras de organismos internacionales (como el Banco Mundial y el Banco Europeo) que prohíben ceder créditos a ciertas empresas y recomiendan a los Estados a no mantener relaciones con esas empresas y personas físicas⁶⁶⁶. Mientras que por la vertiente de carácter privada encontramos que las asociaciones comerciales (cámaras de comerciantes) exigen a sus miembros la implementación de modelos de *compliance*, así mismo cada vez es más común que las empresas apliquen *due diligence* en lo que se establece como requisito de aprobación previo a la puesta en marcha de nuevas relaciones comerciales que los nuevos socios comerciales hayan implementado programas de *compliance* y que los mismos reúnan ciertas características mínimas.

De estas recomendaciones de *Soft Law* y sectoriales destacan las recomendaciones de la OCDE que incluyen aspectos como: *tone from the top*; políticas encaminadas a prevenir la corrupción; código de conducta que prohíba expresamente el soborno por parte de empleados; procesos de certificación en *compliance*; políticas que regulen aspectos como regalos; hospitalidades; donaciones; patrocinio; pagos de facilitación y extorsión; guía específica para la contratación de terceros como agentes; consultores e intermediarios; mantenimiento de registros y controles financieros; formación en materia de *compliance*, whistleblowing; procesos de investigaciones internas; proceso disciplinario y revisiones periódicas del sistema⁶⁶⁷. Todos elementos encaminados a luchar contra la corrupción.

Adicionalmente, también destacan los compromisos de sectores empresariales (*Soft Law*), por ejemplo, la industria armamentística de EEUU creó la llamada *Defense Industry Initiative* como órgano encargado de promover la implementación de códigos de conducta, y canales de denuncia dentro de las empresas pertenecientes a la iniciativa, así como iniciativas de compartir experiencias

665 TIEDEMANN, Klaus. “El derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 37.

666 Adicionalmente se han creado listas negras por Estados, como las famosas listas OFAC.

667 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption. Navigating the Global Risks*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. pp. 56-58.

con otros grupos similares (*best practices forums*)⁶⁶⁸. Lo mismo ha sucedido con la industria farmacéutica en distintos países⁶⁶⁹.

El *anti-corruption compliance* está enfocado en el cumplimiento de la normativa jurídico penal mediante la idea básica de no cometer delitos⁶⁷⁰, pero sobre todo mediante la prevención de delitos por medio de una identificación y control adecuado de los riesgos penales que la actividad puede generar. Lo anterior, sin olvidar que el objetivo central es *generar o fortalecer la cultura empresarial de cumplimiento*⁶⁷¹, la cual se manifiesta por medio cumplimiento de los objetivos que han sido establecidos en el programa y en las políticas de *compliance*⁶⁷². En la práctica es cada vez más común que las empresas implementen un solo programa de *compliance* que englobe el cumplimiento en diversas materias, por ejemplo: derecho de la competencia; obligaciones tributarias; prevención del lavado de dinero y financiación del terrorismo; cohecho; corrupción entre particulares; delitos respecto a la contabilidad; uso de información privilegiada; delitos ambientales, entre otros⁶⁷³; englobados dentro del gran concepto de prevención de la “corrupción”.

Ahora bien, previo a un análisis más profundo sobre la materia, resulta importante analizar y comprender la evolución histórica. Si bien no se puede decir que en épocas antiguas existían programas de *compliance*, sí es posible encontrar regulaciones para las corporaciones en la antigua Roma⁶⁷⁴; posteriormente los gremios medievales imponían normas de conducta que debían seguir sus miembros, así como normas para regular los mercados⁶⁷⁵.

668 Págin web de la *Defense Industry Initiative*: <http://www.dii.org/about-us>.

669 KUHLEN, Lothar. “Compliance y Derecho penal en Alemania”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 104.

670 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 2.

671 BANACLOCHE, J/GÓMEZ-JARA, C/ZARZALEJOS, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. 2011. pp. 30-31.

672 Apartado 7.1 de la ISO 19601.

673 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de empresa”, en ABANTO, M/SALAZAR, N/URQUIZO, J. (coordinadores). *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Ed. Universidad San Martín de Porres. 2011. P. 212; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Ed. Palestra. 2014. p. 53; y BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 27-28.

674 GUIÑAZU MARIANI, María Antonieta. “Las Personas Jurídicas en el Derecho Romano”. XVII Encuentro Nacional de Profesores de Derecho Romano de la República Argentina: Homenaje al Dr. Luís Rodolfo Arguello. Rev. IusHistoria. No. 3. 2006. p. 148.

675 BAKER, Mark. “Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?”. *University of Miami Inter-American Law Review*. Vol. 4. No. 399. 1993. pp. 406-407.

En virtud de la Convención Contra la Corrupción de la OCDE y otros instrumentos internacionales contra la corrupción, distintos Estados aprobaron legislaciones encaminadas a prevenir la corrupción. Sin embargo, los grandes escándalos de delincuencia económica a inicio del nuevo milenio (Enron, World-Com, Parmalat, entre otros) resaltaron aún más la importancia de los programas de *compliance*⁶⁷⁶. Además, tuvo un efecto en el ejercicio de la abogacía, ya que los grandes despachos de abogados norteamericanos entraron de lleno en batalla contra las grandes consultoras por la asesoría en temas de *compliance*⁶⁷⁷.

Por su parte, las autoridades norteamericanas también han logrado posicionar a nivel judicial a los programas de *compliance*, siendo un factor que puede permitir a las empresas evitar sanciones penales; por ejemplo: *en 2012 el Departamento de Justicia de los Estados Unidos anunció que no perseguiría penalmente a una empresa luego de una investigación de la FCPA, en razón de que existía un adecuado programa de compliance, adicionalmente se valoró por parte de las autoridades la cooperación y apertura de la empresa durante la investigación (cooperation and disclosure), esto significó un ahorro en multas por varios millones de dólares a la empresa*⁶⁷⁸. Sin lugar a duda, es un factor motivador para que cualquier empresa decida implementar un programa de *compliance*. Sin embargo, *contar con un programa no representan una garantía absoluta de no persecución penal por parte de las autoridades*⁶⁷⁹.

Desde una óptica pragmática, los programas de *compliance* regulatorio persiguen asegurar una conducta empresarial conforme a la legalidad. Por su parte, los programas de *compliance* penal tienen como propósito fomentar la ética corporativa y prevenir la perpetración de delitos, especialmente actos de corrupción en su sentido más amplio⁶⁸⁰. Estos programas también ofrecen

676 SIEBER, Ulrich. "Programas de compliance en el Derecho penal de empresa", en ABANTO, M/SALAZAR, N/URQUIZO, J. (coordinadores). Ed. Universidad San Martín de Porres. 2011. p. 206; la *Sarbanes Oxley Act* supuso una herramienta que fortaleció la FCPA e impulsó la persecución de empresas por hechos delictivos.

677 GÓMEZ, Víctor. "Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*". En CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. p. 343.

678 MENDELSON, Mark. "Chapter 23. United States", en ALCANTARA, L. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3era ed. Law Business Research. 2014. p. 315.

679 Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos de América caso *United States vs. Basic Constr. Co.* 711 F.2d 570, 573, de 27 de junio de 1983; y *U.S Attorneys' Manual (USAM)*. (1997). 9-28-800.

680 ROXIN, Imme. "Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas". *Rev. Brasileira de Ciencias Criminas*. Vol. 114. Mayo-Junio 2015. p. 322; LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p. 46.

salvaguardas contra posibles ramificaciones de naturaleza civil⁶⁸¹. En este contexto, el *compliance* emerge como una herramienta esencial para la sostenibilidad a largo plazo de las empresas, al tiempo que sirve para preservar su viabilidad⁶⁸². Las compañías son plenamente conscientes de las implicaciones reputacionales que conlleva el enfrentarse a cargos penales o estar bajo escrutinio gubernamental. Específicamente en Estados Unidos, tales situaciones pueden conducir al colapso de una empresa, no solo por las consecuencias legales, sino también por el efecto reputacional negativo, conocido como *pena de banquillo* (*pena reputacional*). Este término alude al simple hecho de ser objeto de una investigación. Además de los costos financieros asociados a la actividad delictiva en una empresa (*costos que van desde los montos sustraídos por empleados hasta los asociados a la pérdida de clientes, honorarios de abogados, multas a imponer, entre otros*)⁶⁸³.

3. *Compliance* desde el Derecho comparado

Durante muchos años EEUU lideró una batalla en solitario en contra de la corrupción⁶⁸⁴. Sin embargo, posterior al final de la guerra fría las empresas han implementado nuevos mecanismos de adecuada gobernanza y responsabilidad social corporativa, intentando que las empresas sean buenos ciudadanos corporativos. Esto sumado a la gran cantidad de casos de corrupción pública y delitos económicos en los que se ha visto involucradas grandes empresas, han tenido como consecuencia que una serie de países y organismos internacionales (OCDE, UE, ONU) iniciaran una campaña internacional en contra de la corrupción hace más de 30 años⁶⁸⁵. Adicionalmente, la sociedad civil por medio de distintas ONG (como Transparencia Internacional, *Global Witness*,

681 O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2014. p. 194; BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. "Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia", en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J/VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. 2016. p. 44.

682 GÓMEZ GÓMEZ, Javier. "Definición del ámbito, materias incluidas y alcance del Compliance Program", en SAÍZ PEÑA, Carlos. (Coordinador). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 525.

683 Dentro de esa perspectiva práctica, no puede pasarse por alto la gran influencia que tiene la normativa de los EEUU a la hora de estructurar los programas de *compliance* en cualquier país. Y es que en EEUU existe una gran cantidad de legislación que sin duda influye directamente en la creación de programas de *Compliance*, como por ejemplo: la FCPA, *Exchange Act* de 1974, *Insider Trading and Securities Fraud Enforcement Act* de 1988, *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection* de 2010, *Federal Bribery and Gift Act* de 1985, *Federal Program Bribery Statue* de 1984, *Travel Act* de 1952, *Hobbs Act* de 1951, *Bank Secrecy Act* de 1970, *Counterfeit Access Device and Computer Fraud and Abuse Act* de 1984, *Clean Air Act*, *Clean Water Act*, *Resources Conservation and Recovery Act* de 1976, *Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act* de 1980. Por otra parte, no puede olvidarse la *UK Bribery Act* de 2010 de Reino Unido.

684 LOUGHMAND, B/ SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 2.

685 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 1.

Human Rights Watch, www.ipaidbribe.com) también han jugado un papel importante en esta campaña anticorrupción⁶⁸⁶.

Todos estos actores han estado involucrados de alguna forma en la creación de instrumentos para luchar contra la corrupción, que parten de dos herramientas. En primer lugar, la represión penal de las conductas asociadas a la corrupción de funcionarios públicos nacionales y extranjeros, así como el castigo (administrativo o penal) de las personas jurídicas por la comisión de delitos en su beneficio. En segundo lugar, el establecimiento de medidas preventivas por parte de las empresas, encaminadas a prevenir la comisión de delitos económicos en general⁶⁸⁷, mediante la autorregulación regulada por parte de las empresas lo cual se traduce en la práctica con la adopción de programas de *compliance*.

Debido a la cantidad de actores internacionales y de instrumentos de *hard law* y *soft law* internacionales, resulta necesario a la hora de implementar un adecuado programa de *compliance*, analizar no solo la normativa nacional sino también el derecho comparado, esto por dos razones: por el alto contenido de extra territorialidad que aplican algunas normas como la UK Bribery Act, la FCPA y más recientemente la Sapin II francesa, pero principalmente debido a la internacionalización de los negocios ya que una importante cantidad de empresas desarrollan su actividad por lo menos en el mercado común europeo⁶⁸⁸. Debido a esto, lo que se pueden considerar actitudes totalmente normales en un país determinado pueden constituir un delito grave en Estados Unidos de América o el Reino Unido con consecuencias gravísimas desde el punto de vista económico y reputacional para la empresa, por ejemplo⁶⁸⁹. Es por esto por lo que las empresas y los encargados de establecer programas de *compliance* deben diseñar programas de cumplimiento globales, pero tomando en consideración las características y legislación local de cada país en que se tiene actividad.

686 Ibidem. pp. 2-3.

687 LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p. 5.

688 NIETO MARTÍN, Adán. “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 21.

689 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. pp. 11 y 14. Los autores plantean el ejemplo del llamado “guanxi” en China, considerado en ese país como un favor social que conlleva una obligación de colaboración, para la mayoría de los países occidentales tal conducta sería considerada como delictiva.

Asimismo, existen diversos instrumentos que también han dado lineamientos básicos a nivel internacional respecto al contenido de los programas de *compliance* como los son: *US Federal Sentencing Guidelines*, la *Resource Guide of the Foreign Corrupt Practices Act* y la *Good Practices Guidance* de la OECD⁶⁹⁰, por lo que la persona encargada de diseñar e implementar un programa de *compliance* debe por lo menos de conocer esos instrumentos. Por estos motivos y con el objetivo de establecer un programa de *compliance* global es que se procederá a analizar la normativa y practicas más importantes de los principales actores internacionales en materia de anticorrupción. Adicionalmente se incluirá el análisis de normativa de países con una relevancia significativa a nivel deportivo.

3.1. EEUU

El *compliance* nació en EEUU, su principal evolución ha sido en ese país, en virtud de lo anterior, su análisis debe ser más extenso. La historia del *compliance* en EEUU se remonta casi al inicio de la imputación penal de la empresa en 1909, y es que tan solo cuatro años después de la famosa y ya mencionada sentencia de *New York Central & Hudson River Railroad Company Co. vs. U.S.*, las empresas imputadas penalmente comenzaron a solicitar a los tribunales la aplicación de eximentes o atenuantes de las penas debido a que contaban con políticas y realizaban esfuerzos generalizados en sus estructuras para cumplir con la legislación y evitar hechos delictivos dentro de ellas; en ese inicio tribunales fallaron de forma dispar, algunos aceptaban esta defensa por parte de la empresa y otros no⁶⁹¹, lo que genero inseguridad jurídica e incertidumbre respecto a su aplicación.

Actualmente, la mayoría de las empresas estadounidenses cuentan con amplios departamentos de *compliance* encaminados a prevenir la corrupción, asimismo los programas de *compliance* son ampliamente valorados por los jueces y fiscales a la hora de la imputación penal de empresas, e incluso la decisión de imputar a la empresa muchas veces se basa en si existe una verdadera cultura

690 AIOLFI, Gemma. "Mitigating the risks of corruption through collective action", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 126.

691 LAUFER, William S. "Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance". *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1368.

ética aplicada por medio del *compliance* o no⁶⁹². Sin embargo, alcanzar ese nivel de desarrollo no fue algo sencillo, fue un proceso de muchos años, de adopción de nueva legislación federal, un importante cambio de mentalidad, además de la implementación de un modelo de autorregulación regulado para las actividades empresariales en general. En este contexto, se destacan diversos dispositivos estadounidenses relacionados con la corrupción que deben ser tomados en cuenta previo a la implementación de un programa de *compliance*. Sin embargo, resaltan tres en particular, los cuales han establecido pautas significativas en este ámbito: la FCPA, la *Sarbanes-Oxley Act* y las *Sentencing Guidelines*. Estos instrumentos son puestos en práctica por medio de una cooperación entre el DOJ, la SEC y el FBI. Asimismo, otro motivo que hace importante el conocer estos instrumentos es que cada vez es más recurrente las *corporate enforcement actions* por aplicación de la FCPA a nivel internacional⁶⁹³, por lo que conocer la aplicación de estos instrumentos se hace indispensable.

Como se indicó en el apartado de análisis de la corrupción, entre los años 1920 y 1950, se dio un importante aumento de los casos de criminalidad de empresa en Estados Unidos, pero también se dio un importante cambio en el ordenamiento estadounidense, lo que tuvo como consecuencia la aprobación de la *Securities Law*, que nació como primera herramienta para obligar a las empresas a autorregularse⁶⁹⁴, es en ese momento que se puede identificar el nacimiento del *compliance* en EEUU.

Mientras que el nacimiento del *compliance* anticorrupción surge en 1977, con la promulgación de la FCPA⁶⁹⁵, para perseguir y prevenir la corrupción de agentes públicos extranjeros en

692 Ibidem. p. 1371.

693 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 194. Ese autor destaca los siguientes países en donde recientemente se han realizado FCPA *enforcement actions*: México, Panamá, Nigeria, Polonia, Argentina, Indonesia, China, Brasil, Rusia, Tailandia, Arabia Saudí.

694 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 221.

695 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. pp. 29 y 30; O'Sullivan, Julie R. *White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p. 538; y KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 4. Al inicio de los años 70, la empresa *International Telephone and Telegraph Corporation* le ofreció a la CIA (*Central Intelligence Agency*) un millón de dólares con el objetivo de que se impidiera la elección de un candidato comunista en Chile, la CIA rechazó el pago y el Senado norteamericano inició una investigación en donde declaró que tal propuesta era al menos contraria a la ética; Seguido de esto salió a la luz pública las ya citadas noventa y nueve condenas a empresas en ligadas al caso *Watergate* y del descubrimiento de que una cantidad importante de empresas norteamericanas (más de 400) habían realizado pagos por más de trescientos millones de dólares a funcionarios públicos extranjeros, entre estos destacan casos especialmente graves como el de compañías de defensa y petroleras con importantes pagos a funcionarios gubernamentales de Japón, Holanda (incluidos miembros de la familia real) Honduras e Italia además de la financiación ilegal de campañas políticas en los Estados Unidos de América

transacciones comerciales internacionales por parte de empresas norteamericanas o con alguna actividad en ese país⁶⁹⁶. La FCPA nació como un mecanismo de persecución penal, pero sobre todo de autorregulación regulada en donde el gobierno puede vigilar a las empresas y castigarlas por hechos de corrupción en otros Estados⁶⁹⁷.

Concretamente la FCPA exige a las empresas la implementación de determinadas prácticas contables y el establecimiento de controles internos con el fin de evitar pagos ilícitos como: *sobornos a funcionarios públicos, sobornos por medio de agentes y consultores entre otros*⁶⁹⁸, es decir tiene por objetivo evitar a corrupción y lograr que la contabilidad de las empresas refleje la realidad empresarial; lo anterior debido a que gracias a investigaciones del congreso de EEUU a raíz del caso *Watergate*, se logró determinar que cientos de empresas norteamericanas pagaban sobornos en el extranjero, además, lo hacían por medio de dinero que no constaba en la contabilidad de la empresa por medio de aplicación de prácticas contables ilícitas o incluidos como gastos de empresa para poder ser rebajados del pago de impuestos⁶⁹⁹.

Es innegable que la FCPA ha influido en la expansión de programas de *compliance* más allá de las empresas estadounidenses⁷⁰⁰. De acuerdo con la FCPA las empresas deben prevenir la comisión de los siguientes delitos:

695 O'Sullivan, Julie R. *White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p. 538; KOCHAN, N /GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 30; y KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 4.

696 HERNÁNDEZ, María. "Políticas Anticorrupción", en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 155.

697 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 31.

698 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 28; ELÍAS, S/MARTÍN, T. "El entorno regulatorio del compliance", en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 20; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. A practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white-collar criminal practitioners*. 4ta ed. Ed. American Bar Association. 2015. p. 22: TARUN destaca los términos que se suelen utilizar en la contabilidad para esconder pagos de sobornos se encuentran: *commission on royalties, consulting fees, sales and marketing expenses, scientific and entertainment expenses, rebates of discounts, after sales services fees, miscellaneous expenses, petty cash withdrawals, free goods, intercompany accounts, supplier vendor payments, write-offs and customs intervention payments*.

699 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 462; y O'Sullivan, Julie R. *White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007. p. 540. Conferencia dada por el Deputy Attorney General Rosenstein de los Estados Unidos de América: "Remarks at the 34th International Conference on the Foreign Corrupt Practices Act". Oxon Hill, MD. Miércoles 29 de noviembre de 2017. Se puede consultar el extracto de esta en: <https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-attorney-general-rosenstein-delivers-remarks-34th-international-conference-foreign>

700 BLUMBERG, AD/GARCÍA, B. "Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 276.

- *Todas las formas de sobornos de forma activa y para que se realice una actividad corrupta (Bribery)*
- *Soborno de agente público internacional (foreign official)*
- *Corrupción entre particulares, prácticas comerciales corruptas (Third parties)*
- *Excepción por lo pagos de facilitación y los gastos de promoción.*
- *Blanqueo de capitales (money laundering)*
- *Todo tipo de fraudes y estafas (Mail and wire fraud)*
- *Falsificación de documento (Certification and reporting violations)*
- *Delitos fiscales (tax violations)*
- *Uso de viajes interestatales y extranjeros o uso de correo para cometer delitos (Whoever travels in interstate or foreign commerce or uses the mail or any facility in interstate or foreign commerce, with intent to)*
- *Distribuir el producto de cualquier actividad ilegal (distribute the proceeds of any unlawful activity)*
- *Cometer cualquier delito de violencia para promover cualquier actividad ilegal (commit any crime of violence to further any unlawful activity).*
- *Promover, administrar, establecer, llevar a cabo o facilitar la promoción, o el establecimiento de cualquier actividad delictiva (otherwise promote, manage, establish, carry on, or facilitate the promotion, management, establishment, or carrying on, of any unlawful activity).*

Por lo tanto, la FCPA buscar perseguir una serie de conductas criminales no limitadas al concepto clásico de corrupción, sino a un concepto más amplio y moderno, tal y como el que se esbozó en el primer capítulo de este trabajo, en donde se incluye la delincuencia económica empresarial.

Desde el punto de vista de la defensa de la empresa se limita a tres argumentos: 1. *el acto fue legal (atípico) de acuerdo con la legislación del país en donde se realizó*; 2. *Que el pago realizado fue un legítimo gasto empresarial para promover, demostrar o exponer un producto o como parte de la ejecución de un contrato y que además consta en la contabilidad de la empresa*⁷⁰¹; y 3. Que

⁷⁰¹ CASSIDY, Margaret. "Compliantly interacting with Governments", en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 65.

existe un adecuado programa de *compliance* en la empresa (más como una atenuante que como una defensa per se).

Para determinar que existe un adecuado programa de cumplimiento las empresas deben efectuar una serie de medidas mínimas conocidas como *FCPA best practices*⁷⁰²: implementación de políticas y procedimientos específicos, compromiso de la cúpula directiva de la empresa con la cultura ética, establecer un órgano de vigilancia para el cumplimiento de las políticas empresariales, verdadera aplicación de las políticas empresariales, entrenamiento y formación constante del personal, aplicación de *due diligence* respecto a terceros con los que se mantengan relaciones de negocios, *due diligence* en el caso de fusiones o adquisiciones, establecer un sistema interno para reportar anomalías y para investigarlas (canal de denuncias e investigaciones internas), revisiones, monitoreo y controles del programa de *compliance* empresarial⁷⁰³. Recientemente, el congreso de los Estados Unidos de América aprobó la *Foreign Extortion Prevention Act* (FEPA), que castiga también a los funcionarios públicos internacionales que exijan sobornos⁷⁰⁴.

702 Desde el punto de vista estrictamente del *compliance* las FCPA establecen una serie de requisitos para considerar un modelo adecuado: 1. La entidad debe perseguir el *compliance* mediante la creación y mantenimiento de un programa efectivo de *compliance*, 2. Un adecuado programa de *compliance* que debe estar diseñado para prevenir, detectar y responder a los riesgos legales y promover un cumplimiento de la ley, 3. El programa de *compliance* debe ser dinámico que debe ser modificado cuando sea necesario y debe adaptarse a los cambios, 4. Un adecuado programa debe cumplir con todos los aspectos de la ley, 5. La máxima autoridad dentro de la empresa está sujeta a las políticas de *compliance*, 6. Un adecuado programa de *compliance* va de la mano con la adecuada organización empresarial, 7. Un adecuado programa está diseñado para operar de forma justa y equitativa, 8. Se ha designado personal de alto nivel dentro de la organización para que sean los responsables de la observancia y administración del programa de *compliance*, 9. Existe compromiso de la alta dirección con la política de *compliance*, y todos los empleados tienen la obligación de ajustar su actuar a lo establecido en los procedimientos y políticas empresariales, 10. La entidad realizar un adecuado *due diligence* para identificar a posibles empleados que por la delegación de funciones que reciben pueden llegar a estar relacionados en actividades ilegales, por lo que la empresa prohíbe esas delegaciones, 11. El programa tienen una actitud proactiva encaminada a prevenir los hechos delictivos, 12. Un adecuado programa de *compliance* debe contar con recursos de investigación y reporte, 13. Un adecuado programa aborda los escenarios de auto denuncia con las autoridades, 14. Un adecuado programa utiliza los incidentes para autoevaluarse y corregir las deficiencias y establecer mejoras para el programa, y 15. Un adecuado modelo cuenta con adecuados mecanismos de comunicación interna que permita promover el programa. Sobre esto National Center for Preventive Law: “Corporate Compliance Principles”. 1996. Se puede consultar en: <http://www.preventivelawyer.org/content/pdfs/corporate.pdf>. Sobre esto: LAUFER, William S. “Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance”. Vanderbilt Law Review. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1398; U.S Department of Justice, Criminal Division. “Evaluation of corporate compliance programs”. Abril 2019.

703 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 318 a 321. Un dato que podría considerarse como curioso, es que no se puede considerar que todas las empresas contra las que se ha iniciado una acción de cumplimiento (*enforcement action*) de la FCPA puedan ser catalogadas como corruptas; ya que existen una serie de empresas que han sido catalogadas como las empresas más éticas del mundo y durante ese mismo periodo de tiempo se ha iniciado una *enforcement action* contra ellas. El autor destaca en ese grupo de empresas destacadas por su alto compromiso ético pero que han sido investigadas por delitos: AstraZeneca, Deere & Company, General Electric, Hewlett-Packard, Novo Nordisk, Oracle Corporation, Rockwell Automation, Semptra Energy y Statoil.

704 U.S Congress. Ley “Foreign Extortion Prevention Act”. De 14 de diciembre de 2023. Se puede consultar en: <https://docs.house.gov/billsthisweek/20231211/FY24%20NDAA%20Conference%20Report%20-%20%20FINAL.pdf>. (A partir de la página 1843).

Conocer la FCPA resulta indispensable para establecer un adecuado programa de *compliance* global por varios motivos: en primer lugar, Estados Unidos de América y concretamente la aplicación de la FCPA han dado la estructura básica de los programas de cumplimiento a nivel mundial; y en segundo lugar, la puesta en práctica de la FCPA (*FCPA enforcement*) de manera internacional está en su apogeo, recientemente el FBI y el DOJ establecieron nuevos equipos encaminados a investigar la corrupción en Latinoamérica y a nivel internacional respectivamente. Lo que permite predecir un aumento de las acciones del gobierno norteamericano con base en la FCPA en contra de empresas latinoamericanas e internacionales en un futuro cercano⁷⁰⁵.

Respecto al avance histórico de la FCPA, se debe analizar el año 2002, que estuvo marcado por un escenario muy tenso en EEUU debido a: la latente amenaza terrorista que quedó en evidencia con los atentados del 11-S del año 2001, que derivó en dos guerras (Afganistán e Irak); y debido a varios escándalos financieros y contables como el famoso Enron/Andersen. Bajo este contexto social-económico-político tan complejo se aprobó la llamada Sarbanes-Oxley Act (SOX) conocida como la ley de reforma de la contabilidad pública de las empresas y de protección del inversionista; la misma tiene como objetivos centrales regular la transparencia de la contabilidad pública de las empresas evitando que suceda un nuevo caso como el de Enron protegiendo al inversionista frente a contabilidades “maquilladas” o distorsionadas⁷⁰⁶. Lo que tuvo importantes consecuencias desde el punto de vista de la gobernanza y transparencia en *Wall Street, New York Stock Exchange* y *Nasdaq*⁷⁰⁷.

Desde la perspectiva meramente penal, la SOX vino a dotar de herramientas adicionales a la *Securities and Exchange Commission*, lo que tuvo como consecuencia un fortalecimiento en la aplicación de la FCPA⁷⁰⁸; lo anterior se ha visto reflejado desde el punto de vista de la cantidad de *FCPA enforcement actions*, ya que desde 2002 se ha dado un importante aumento en las persecuciones penales a empresas y han aumentado significativamente las sanciones

705 FCPA Blog, artículo: “Compliance and enforcement trends from the 2019 TRACE Forum”. 11 de marzo de 2019. Estados Unidos de América. Se puede consultar en: <http://www.fcpablog.com/blog/2019/3/11/compliance-and-enforcement-trends-from-the-2019-trace-forum.html?fbclid=IwAR2WTKojO68T8awk0yNlAsomeYUEVWWq73cZXByeysJUOprQ9mvPQGSVZvA>.

706 LAUFER, William. “Ilusões de compliance e governança”, en SAAD-DINIZ, E/PODBOI, P/OLIVERIA, J. (Organizadores) *Tendências em Governança Corporativa e Compliance*. Ed. Liber Ars. 2016. p. 13; y ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. p. 101.

707 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 4.

708 Ibidem.

económicas⁷⁰⁹. Por otra parte, la SOX permite que los jueces asignen un *independent compliance monitor* como parte de las sanciones a la empresa⁷¹⁰, el monitor será el encargado de diseñar e implementar el programa de *compliance* para la empresa⁷¹¹, tal y como sucedió en el caso de la empresa alemana Siemens, en la que se nombró al ex ministro de finanzas alemán Dr. Theo Waigel como monitor empresarial entre 2009 y 2012⁷¹².

Otros de los cambios que estableció la SOX son: 1. *Creación de una junta de control con amplios poderes para las compañías de contabilidad*; 2. *Fortalecimiento de la independencia de las firmas que auditan a empresas públicas*; 3. *Incrementa la responsabilidad de la empresa así como la exigencia de divulgación de información financiera*; 4. *Aumenta las sanciones a imponer a las empresas por su mal actuar*; 5. *Fortalece la objetividad e independencia de los analistas de seguridad financiera*; 6. *Aumenta los recursos y potestades de la Securities and Exchange Commission*; 7. *Aumenta el plazo de prescripción a 5 años para los fraudes financieros*; 8. *Aumenta la pena de wire and mail fraud con hasta 20 años de prisión*; 9. *Crea el delito de securities fraud con una pena de hasta 20 años de prisión*; 10. *Exige la preservación de documentos de auditoría por cinco años*; 11. *Protege a las víctimas de delitos de fraude frente a mecanismos utilizados para no hacer frente a la responsabilidad civil por parte de las empresas*; 12. *Aumenta la protección y los premios a los denunciantes*; 13. *Prohíbe la obtención de bonos por parte de altos directivos en caso de que la empresa no cumpla con los requisitos de compliance*; 14. *Prohíbe a las empresas de realizar préstamos a sus altos ejecutivos*⁷¹³; 15. *Obliga a publicar cualquier conflicto de intereses frente a operaciones potenciales*⁷¹⁴.

Desde la perspectiva de *compliance*, la SOX vino a fortalecer enormemente el mundo del *compliance*, pero también tuvo como resultado que a partir del año 2002 se diera un aumento en la implementación de programas de *compliance* por parte de las empresas de cara a cumplir con las

709 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 33.

710 Ibidem. p. 37.

711 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 210.

712 Hay autores que consideran que los *monitors* no son algo malo y que debería de expandirse su uso, incluso utilizarse *monitors* (externos a la empresa para garantizar su independencia) *ex ante* de que alguna conducta criminal sea detectada, como un medio para demostrar el verdadero compromiso con un programa de *compliance* proactivo. Sobre esto: ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. pp. 238-255. Theo Waigel también fue nombrado como miembro de un comité independiente de ética por parte de Airbus.

713 Situaciones que derivan en muchos casos en conflictos de interés y en formas de fraude inter.

714 ADLER, F/MUELLER, G.O/ W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta ed. Ed. McGraw Hill. 2004. pp. 318, 344-345; LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 135.

medidas establecidas por la SOX. Y es que, según una encuesta, antes de la puesta en práctica de la SOX, el 73% de las empresas entrevistadas en Nueva York, indicó que la cúpula de la empresa nunca había recibido formación en materia de *ethics and compliance*, y que el 54% de las empresas ni siquiera contaban con medidas de *compliance* en sus actividades diarias⁷¹⁵. Por su parte, posterior a la puesta en práctica de la SOX, más del 90% de las empresas norteamericanas cuentan con programas adecuados que incluyen: *la formación de los altos directivos; la regulación de la actividad diaria de la empresa; existencia de canales de denuncia; controles para la revelación de la información; las medidas de protección contra represalias y remuneración de los denunciantes; revelación de los reportes financieros a las autoridades; así como la revelación de estas investigaciones a las autoridades y la cooperación con las mismas*⁷¹⁶. Todos aspectos que deben ser tomados en consideración a la hora de establecer programas de *compliance*.

Un aspecto crucial y desafiante para cualquier legislación, particularmente en el ámbito penal, radica en la ejecución y aplicación de las leyes, así como en la imposición de las sanciones correspondientes. A lo largo de la historia de los Estados Unidos, los jueces han ejercido un amplio margen de discrecionalidad al pronunciar sentencias tanto penales como civiles, afectando a individuos y entidades jurídicas. Esta práctica ha sido objeto de críticas en el ámbito del Derecho penal, dado que involucra los derechos fundamentales de las personas físicas. Tales críticas tuvieron como efecto que se establecieran guías para el dictado de sentencias penales, las llamadas *Sentencing Guidelines*, las cuales dieron sus primeros pasos en 1984, con la creación por parte del Congreso norteamericano de la *Sentencing Commission*, finalmente las *Guidelines* entran en funcionamiento tras un largo periodo de discusión en el año 1991⁷¹⁷.

Concretamente las *Guidelines* nacen con varios objetivos respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica: *1. solventar la disparidad a la hora de dictar sentencias penales en contra de corporaciones; 2. Incrementar la uniformidad y la certeza de las sentencias; 3. Incrementar la*

715 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 111.

716 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. P. 38; CASSIDY, M.M./WALSH, A. “Legal Requirements for an Ethics & Compliance program”, en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 5; WEISMANN, Miriam F. *Corporate crime & financial fraud. Legal and financial implications of corporate misconduct*. Ed. American Bar Association. 2012. p. 152. Asimismo, la *Sarbanes-Oxley Act* protege a los denunciantes (*whistleblowers*) hasta por un plazo de diez años frente a represalias corporativas.

717 El profesor Paul H. ROBINSON de la facultad de derecho de la Universidad de Pensilvania, fue de los pocos profesores que se opuso a la promulgación de las *sentencing guidelines*, siendo llamado “*the lone dissenter*”. El profesor Robinson no se opuso por no considerarlas necesarias, si no por considerar que el planteamiento establecido por el modelo seleccionado no era el adecuado. El profesor Robinson fue mi profesor anfitrión durante mi estancia de investigación en la Universidad de Pensilvania en invierno de 2018.

*severidad de las sentencias en algunos delitos para disuadir a las empresas de cometerlos*⁷¹⁸. Es por esto por lo que las *Guidelines* establecen parámetros para los jueces, que lleven aparejadas sentencias más uniformes y certeras. Concretamente ayudan al *sentencing judge* (*distinto al que juzga los hechos*⁷¹⁹) a establecer el tipo y cuantía de la sanción a imponer, mediante un análisis de reprochabilidad de la conducta realizada (*offense level*) y un análisis del historial delictivo de la empresa (*criminal history category*)⁷²⁰.

Por otra parte, las *Guidelines* también tienen la misión de fomentar el establecimiento de los programas de *compliance* en las empresas, ya que aumenta la severidad de la sanción a imponer en caso de que la empresa no cuente con un programa de *compliance* o disminuirla si efectivamente la empresa cuenta con un programa o ha implementado uno desde que se descubrieron los delitos⁷²¹. En primer término, las *Guidelines* fueron concebidas como un texto vinculante y en sus primeros años fueron utilizadas de tal forma, sin embargo, en el año 2005 pasaron a ser únicamente guías orientativas para los jueces, esto debido a la sentencia del caso *United States vs. Booker*⁷²², y el respeto al principio de independencia judicial. Sin embargo, en la práctica, la mayoría de los jueces las siguen utilizando como principal fundamento en sus sentencias para evitar que un tribunal de apelación anule sus resoluciones (*reversal*)⁷²³.

El fundamento de las *Sentencing Guidelines* está en los fines de la pena: inicialmente se plantea el *just punishment* (prevención general negativa), *adequete general deterrence*, (prevención general positiva) mientras que en un segundo plano se plantea *specific deterrence and incapacitation* (prevención especial negativa) y *treatment and rehabilitation* (prevención especial positiva)⁷²⁴.

718 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. p. 64.

719 Cabe destacar que en los juicios penales seguidos contra personas jurídicas en Estados Unidos existe una división del procedimiento, en primer lugar, un jurado es el encargado de determinar la culpabilidad o no de la empresa, si dicho jurado determina la culpabilidad de la empresa entonces un juez de sentencia (*sentencing judge*) es quien determinará la multa a imponer contra la persona jurídica.

720 O' O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 115.

721 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 140.

722 Corte Suprema de Justicia De Los Estados Unidos De América, caso *United States vs. Booker*, 543 U.S 220, de 12 de enero de 2005. En esa sentencia los jueces de la Corte Suprema consideraron que la obligación de un texto como las *Guidelines* era contraria a la Sexta Enmienda, ya que las *Sentencing* permiten al *sentencing judge* valorar hechos durante esta fase del proceso en lugar de ser valorado por el jurado, lo cual es contrario a las garantías judiciales según criterio de la Corte Suprema de Justicia

723 O' O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 107.

724 Sobre esto: VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. p. 306; IULIA POP, Anca. *Criminal liability of corporations – comparative jurisprudence*. Michigan State University College of Law. 2006. p. 3; MAQUEDA ABREU, M.L/LAURENZO, P. *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*. 5ta ed. Ed. Tirant lo Blanch. 2017. pp. 43-48; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios

Pero sobre todo las *sentencing guideliness* buscan la instauración de la noción de buen ciudadano corporativo (*good corporate citizen*) dentro de todas las empresas, mediante la demostración que la corporación ha adquirido un verdadero compromiso desde la dirección de la empresa (*tone from the top*), ha establecido controles sobre los personeros de alto nivel, ha tomado el cuidado necesario para delegar las funciones, ha establecido una adecuada comunicación entre todos los empleados que permita rastrear de donde procede una decisión, ha establecido sistemas de monitoreo y auditoría, ha establecido mecanismos disciplinarios y políticas encaminadas a prevenir y detectar el delito, todo lo anterior por medio de programas efectivos de *compliance* y ética (*effective compliance and ethics programs*)⁷²⁵.

Las *Sentencing Guidelines* se aplican a los llamados delitos federales menos graves, entre ellos están: fraude, robo, defraudación tributaria, delitos contra la competencia, blanqueo de capitales, extorsión, cohecho y otras formas de corrupción, dejando por fuera algunos delitos que también pueden ser cometidos en el ámbito empresarial como: *delitos ambientales, alimenticios y farmacéuticos*⁷²⁶. Las *Guidelines* pueden ser aplicables a cualquier tipo de organización (*organization means a person other than an individual*⁷²⁷), es decir, cualquier tipo de persona jurídica incluida la administración pública y las organizaciones sin ánimo de lucro. Las *Guidelines* diferencian entre dos tipos de autores dentro de la empresa, por una parte, la persona de alto nivel (*high-level personnel of the organization*) y, por otra, el personal con autoridad sustancial dentro de la empresa (*substantial authority personnel*).

Ramón Areces. 2006. pp. 32 y 64; y ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 62.

725 CASSIDY, M.M/WALSH, A. "Legal Requirements for an Ethics & Compliance program", en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 5; LAUFER, William. "Ilusões de compliance e governança", en SAAD-DINIZ, E/PODBOI, P/OLIVERIA, J. (Organizadores) *Tendências em Governança Corporativa e Compliance*. Ed. Liber Ars. 2016. p. 18. LAUFER manifiesta que entre 1995 y 2003 fueron condenadas un total de 954 empresas, de las cuales únicamente 2 tenían programas efectivos de *compliance*.

726 U.S.S.G § 8.A.1.1; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. . Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 69. estos delitos que incluyen la *Guidelines* son muy similares a los delitos descritos en el *Yale Law School Project* realizado entre 1982 y 1991 dentro de la categoría de lo que se debe considerar como *white collar crimes*, dicho proyecto incluía los siguientes delitos como parte de los delitos de cuello blanco: fraude, delitos contra la competencia, cohecho, delitos fiscales, todo tipo de fraudes, delitos bancarios y datos contables falsos. Sobre eso: GEIS, Gilbert. "White-Collar and Corporate Crime". Yale law School Project. 2016. p. 109.

727 U.S. Code titulo 18, § 18, mientras que las U.S *Sentencing Guidelines* (U.S.S.G) en su artículo § 8 las define como: *The term organization includes corporations, partnerships, associations, joint-stock companies, unions, trusts, pension funds, unincorporated organizations, governments and political subdivisions thereof, and non-profit organizations*.

Ahora bien, desde el punto de vista de las sanciones a imponer en contra de la empresa destaca lo siguiente: la primera obligación que se le impondrá a la empresa es la de resarcir el daño causado (especialmente en caso de delitos medio ambientales o de productos defectuosos⁷²⁸), en caso de no ser posible se le podrá imponer medidas de remedio o servicio a favor de la comunidad⁷²⁹. Tal y como sucede con las personas físicas, el juez de sentencia podrá imponer una sanción de *probation* a las personas jurídicas. La *probation* puede entenderse como un periodo de prueba que se le asigna al sujeto o a la empresa, en donde debe demostrar que no es peligroso para la sociedad. En el caso de las personas jurídicas puede llevar aparejado la creación y puesta en práctica de un programa de *compliance* específico para la empresa que deberá ser aprobado por el Juez y con el claro objetivo de que la persona jurídica tomará las medidas necesarias para reducir la probabilidad de hechos delictivos a futuro⁷³⁰, así como informes financieros periódicos al *probation officer*. La *probation* puede de ser dictada por el juez cuando considere que se está ante los siguientes supuestos: cuando sea necesario asegurar el pago de indemnizaciones, cuando se esté ante un caso de reincidencia, cuando no se le ha puesto multa a la empresa o cuando exista una necesidad de “resocializar” a la empresa.

No menos importante y casi con carácter obligatorio, se impondrá una sanción pecuniaria (multa) que en muchos casos pueden llegar a miles de millones de dólares. Las multas pueden tener dos escenarios: *en el caso de las empresas criminalizadas o fachadas para delinquir el sistema ha pensado en una multa sumamente alta y que tenga como resultado directo que la persona jurídica deba disolverse por quiebra, y otro tipo de multas lo suficientemente graves como para que limiten su actividad y las conduzca a desaparecer*⁷³¹. Mientras que, por otra parte, la multa impuesta a empresas con una verdadera actividad comercial debe ser lo suficientemente alta como para disuadir a la empresa de cometer nuevos delitos, pero no lo tan grave como para generar su

728 ROEF, David. “Corporate Criminal Liability”, en KEILER, J/ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. p. 281.

729 U.S.S.G. § 8. Se le da prioridad a la justifica restaurativa, es decir a la restitución del daño frente a las propias multas. Incluso en caso de que se espere daños futuros ocasionados por el delito podrá obligarse a la empresa a la creación de un fondo fiduciario (*trust fund*) para resarcir a las futuras víctimas.

730 U.S.S.G § 8.B2.1; y O’ O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 217.

731 Corte de Apelaciones del Cuarto Circuito de los Estados Unidos de América caso *United States vs. Najjar*. 300. F. 3d 466, de 6 de agosto de 2002. En esta sentencia la Corte reconoció al artículo § 8C1.1 de las *Sentencing Guidelines* como una multa de pena de muerte (*death penalty fine*).

extinción, incluso en caso de que se compruebe que la persona jurídica no puede hacer frente al pago de una multa, el juez deberá reducirla⁷³².

Las *Sentencing Guidelines* consideran varios aspectos para guiar al juez a establecer la multa adecuada en cada caso, entre ellos: *el daño social de la conducta delictiva, el grado de cumplimiento de la empresa con la prevención de delitos y la cooperación por parte de la empresa con la investigación*⁷³³. Para esto las *Guidelines* establecen un mecanismo de suma y resta por puntos para determinar la multa total a imponer, de atenuantes y agravantes, las primeras serán contabilizadas como negativos (ya que restan) mientras que las agravantes positivas (ya que suman). Estos puntos se añaden al monto total del delito que suele ser el utilizado como base mínima de la multa, estos criterios son conocidos como *base offense level*, *base fine*, *culpability* (en donde juega un papel determinante los programas de *compliance* y la colaboración de la empresa para disminuir la culpabilidad y por ende la suma de puntos en este apartado) *fine range*, y la multa total lleva el nombre de *actual fine*⁷³⁴.

La *actual fine* se obtiene mediante la multiplicación de la *base fine* por la *culpability*, pero para ello primero debe determinarse la *base fine* que dependerá de la mayor de tres variables: el beneficio obtenido por la empresa, el perjuicio causado o la pena de multa base establecida en la tabla de las directrices que puede ir desde los cinco mil dólares hasta los setenta y dos millones de dólares⁷³⁵; una vez obtenida la base fine, debe determinarse la *culpability*, esta se establece por el programa de suma de puntos ya mencionado, este programa de puntos establece una escala de 0 a 10, el cálculo se inicia en 5, y pueden sumar en caso de que existan agravantes (participación o tolerancia de actividades delictivas por parte de la empresa, historial delictivo dentro de la organización, infracción de una orden judicial y obstrucción de la justicia), mientras que por otra parte también podrá restar puntos cuando existan razones de atenuación de la culpabilidad (*la existencia de un programa de compliance, la autodenuncia de los hechos a las autoridades por*

732 U.S.S.G § 8.C3.3.

733 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 116.

734 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. IB de F. 2010. p. 272; O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era Ed. Ed. Thomson West. p. 213; y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006. p. 72.

735 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 128.

parte de la empresa, la cooperación con la justicia y la aceptación de la responsabilidad⁷³⁶). Una vez obtenida la *culpability* se procede a asignar el *fine range* por parte del juez, es decir la escala de montos entre los cuales podrá establecer la multa; por último, se establece la determinación de la *actual fine*⁷³⁷. También existen agravante de la sanción que se aplicaran cuando: 1. *Cuando un empleado de alto nivel estuvo envuelto o tolero el delito*, 2. *La organización obstruyó la investigación*, 3. *La empresa ya había cometido delitos similares en el pasado*, 4. *La violación de un periodo de probation*⁷³⁸. Como otro castigo, las empresas condenadas aparecen publicadas en la denominada *black list* lo cual supone una importante *pena reputacional*⁷³⁹, al contener las mismas un grave estigma social y una afectación para su imagen⁷⁴⁰.

Las *Sentencing Guidelines* también prevén varios escenarios que pueden conllevar atenuantes en la sanción (*mitigating circumstances*): 1. *La presencia de un programa de compliance previo a la actividad delictiva*; 2. *Reporte voluntario a las autoridades*; 3. *Cooperación con las autoridades durante la investigación*; y 4. *Reconocimiento de la responsabilidad por los hechos*⁷⁴¹. Respecto a la colaboración la información debe ser aportada a tiempo (*timely*) y reúna toda la información pertinente (*pertinent information*)⁷⁴².

736 LAUFER, William. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”, en GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (Editor). GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Modelos de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. Propuestas Globales Contemporáneas*. Ed. Thomson Aranzadi. 2006. pp. 69-70; y KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 57.

737 ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way”, CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. pp. 57 y 58; PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 128 a 130; ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013. pp. 145-146.

738 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 11.

739 *Black list* son listas donde son incluidas personas o empresas para dar a conocer de forma pública que han sido excluidos para poder realizar negocios con el gobierno u otras empresas. sobre esto: GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 24.

740 O’O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. pp. 53-54.

741 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 12.

742 U.S.S.G § 8C2.5; sobre esto: GOENA VIVES, Beatriz “La atenuante de colaboración”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 252-253. Existen gran cantidad de teorías orientadas a lograr un criterio específico a la hora de imponer multas, una de estas teorías es la llamada *equity fine*, propuesta por el profesor de la Universidad de Columbia, John Coffee en el año 1981 que vale la pena analizar debido a que podría tener un poder disuasorio mucho mayor a cualquier otra multa; el *equity fine* establece que las multas realmente efectivas llevarán a la insolvencia a la mayoría de las empresas y ocasionando el despidiendo de todos sus empleados. Por lo que el Profesor Coffee plantea un nuevo modelo de sanción, eliminando pago de multa en dinero, por un modelo que disminuya el valor de las acciones de la empresa, las cuales a su vez pasarían a la administración del estado como garantía de pago a las víctimas del delito. Bajo este sistema los más afectados serían los accionistas mayoritarios, quienes además son los que tienen mayor poder de control sobre los administradores y la junta directiva, obligándolos a implementar un mecanismo de autoorganización y un adecuado programa de *compliance*, o en caso de que el delito sea muy grave puede procederse además con la intervención judicial de la empresa nombrando para ello un administrador, lo cual en conjunto podría generar mejores resultados que lo que se obtienen con la multa, sobre esto: COFFEE, John. “No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment”. *Michigan Law Review*. Vol. 79, No. 3. Enero, 1981. pp. 413-424; Citado también en: WILSON, Bill. *Criminal Sentencing (Equity fines) Bill Consultation Paper. Proposal for a Bill to allow courts to obtain pre-sentence company background*

Desde la perspectiva del *compliance*, el principal efecto práctico de las *Guidelines* es de prevención, ya que la mayoría las empresas cuentan con programas de *compliance*⁷⁴³. Según las *Sentencing Guidelines* los programas de *Compliance* deberán cumplir con los siguientes requisitos⁷⁴⁴:

- Aplicar la debida diligencia para prevenir y detectar hechos delictivos.

inquiry reports and impose equity fines. 2008. pp. 6, 10-11; BRAITHWAITE, John. "Penalistics for White-Collar Crimes", en *Complex Commercial Fraud: Proceedings of a Conference held 20-23 August 1991*. Editado por Peter N Grabosky. Australian Institute of Criminology, 1992. (AIC Conference Proceedings; No. 10). pp. 167-171; y NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 283.

743 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 131.

744 U.S.S.G § 8B2.1. *Effective Compliance and Ethics Program: (a) To have an effective compliance and ethics program, for purposes of subsection (f) of §8C2.5 (Culpability Score) and subsection (b)(1) of §8D1.4 (Recommended Conditions of Probation - Organizations), an organization shall: (1) exercise due diligence to prevent and detect criminal conduct; and (2) otherwise promote an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law. Such compliance and ethics program shall be reasonably designed, implemented, and enforced so that the program is generally effective in preventing and detecting criminal conduct. The failure to prevent or detect the instant offense does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct. (b) Due diligence and the promotion of an organizational culture that encourages ethical conduct and a commitment to compliance with the law within the meaning of subsection (a) minimally require the following: (1) The organization shall establish standards and procedures to prevent and detect criminal conduct. (2) (A) The organization's governing authority shall be knowledgeable about the content and operation of the compliance and ethics program and shall exercise reasonable oversight with respect to the implementation and effectiveness of the compliance and ethics program. (B) High-level personnel of the organization shall ensure that the organization has an effective compliance and ethics program, as described in this guideline. Specific individual(s) within high-level personnel shall be assigned overall responsibility for the compliance and ethics program. (C) Specific individual(s) within the organization shall be delegated day-to-day operational responsibility for the compliance and ethics program. Individual(s) with operational responsibility shall report periodically to high-level personnel and, as appropriate, to the governing authority, or an appropriate subgroup of the governing authority, on the effectiveness of the compliance and ethics program. To carry out such operational responsibility, such individual(s) shall be given adequate resources, appropriate authority, and direct access to the governing authority or an appropriate subgroup of the governing authority. (3) The organization shall use reasonable efforts not to include within the substantial authority personnel of the organization any individual whom the organization knew or should have known through the exercise of due diligence, has engaged in illegal activities or other conduct inconsistent with an effective compliance and ethics program. (4) (A) The organization shall take reasonable steps to communicate periodically and in a practical manner its standards and procedures, and other aspects of the compliance and ethics program, to the individuals referred to in subparagraph (B) by conducting effective training programs and otherwise disseminating information appropriate to such individuals' respective roles and responsibilities. (B) The individuals referred to in subparagraph (A) are the members of the governing authority, high-level personnel, substantial authority personnel, the organization's employees, and, as appropriate, the organization's agents. (5) The organization shall take reasonable steps— (A) to ensure that the organization's compliance and ethics program is followed, including monitoring and auditing to detect criminal conduct; (B) to evaluate periodically the effectiveness of the organization's compliance and ethics program; and (C) to have and publicize a system, which may include mechanisms that allow for anonymity or confidentiality, whereby the organization's employees and agents may report or seek guidance regarding potential or actual criminal conduct without fear of retaliation. (6) The organization's compliance and ethics program shall be promoted and enforced consistently throughout the organization through (A) appropriate incentives to perform in accordance with the compliance and ethics program; and (B) appropriate disciplinary measures for engaging in criminal conduct and for failing to take reasonable steps to prevent or detect criminal conduct. (7) After criminal conduct has been detected, the organization shall take reasonable steps to respond appropriately to the criminal conduct and to prevent further similar criminal conduct, including making any necessary modifications to the organization's compliance and ethics program. (c) In implementing subsection (b), the organization shall periodically assess the risk of criminal conduct and shall take appropriate steps to design, implement, or modify each requirement set forth in subsection (b) to reduce the risk of criminal conduct identified through this process.* Para la profesora de la Universidad de Georgetown O'SULLIVAN el ignorar estos requisitos por parte de consultores o abogados encargados de implementar programas de *compliance* es el equivalente a ejercer una mala práctica profesional: O' O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 219.

- Incentivar una cultura organizacional que promueve el comportamiento ético y el compromiso de cumplir con la legalidad.
- Establecer políticas y procedimientos encaminados a prevenir y detectar hechos delictivos.
- El conocimiento del contenido y funcionamiento del programa de *compliance* por parte de los directivos del programa de cumplimiento, así como del nombramiento de un *compliance officer* encargado de gestionar el programa de cumplimiento mediante una adecuada delegación de funciones.
- Comunicar de forma periódicamente a los empleados las distintas políticas y procedimientos, así como los componentes del programa de cumplimiento.
- La empresa debe abstenerse de contratar o mantener relaciones con personas que hayan sido identificados como posibles autores de hechos delictivos en el ámbito empresarial o que hayan realizado cualquier actividad que irrespete el código de *compliance*.
- Personas con operaciones diarias delegadas deben reportar constantemente su actuación a los superiores.
- La empresa debe hacer los esfuerzos necesarios para comunicar de forma periódica las políticas y procedimientos del programa de *compliance*.
- Evaluación periódica del programa de cumplimiento, en caso de descubrir hechos delictivos, la empresa deberá de responder de forma adecuada (informando a las autoridades, colaborando con la investigación y mejorando el sistema para evitar futuros hechos delictivos).

En caso de que el *sentencing judge* considere que el programa de *compliance* de la empresa condenada cumple con las características anteriormente mencionadas podrá aplicar una disminución en la multa a imponer. Por otra parte, y partiendo de los componentes anteriores el Departamento de Justicia estadounidense estableció una serie de criterios bastante precisos de cuales elementos deben contener los programas de *compliance*; este modelo debe contar con las siguientes marcas distintivas (*hallmarks*) o características⁷⁴⁵:

⁷⁴⁵ *Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission*. "FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act". 2012. pp. 57-63; y SAAD-DINIZ, Eduardo. "The new money laundering law in Brazil: Understanding criminal compliance programs", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 136.

- Compromiso de la dirección de la empresa con la política anticorrupción.
- Contar con un código de conducta, además de políticas y procedimientos.
- El *compliance officer* debe poder realizar su labor de vigilancia con autonomía suficiente y dotado de los recursos necesarios.
- El programa de *compliance* debe partir de una evaluación de riesgos (*risk assessment*) que debe revisarse periódicamente.
- Formación constante de los directivos y empleados de la empresa en tema de prevención de la corrupción.
- Implementación de premios a los denunciantes, incentivos de carácter económico es el mecanismo que más éxito ha tenido en el derecho comparado, o amnistías para los propios responsables del hecho delictivo⁷⁴⁶.
- Medidas disciplinarias, para lo cual debe dotarse a la empresa de un protocolo de investigaciones internas que culmine con un proceso disciplinario de ser necesario.
- Debida diligencia respecto a terceros debe saberse con qué empresas se contrata para lo cual recomienda exigir a los terceros que cuenten con un sistema de *compliance* adecuado.
- Mejora continua del programa de *compliance*, revisión periódica.
- Debida diligencia en procesos de fusiones y adquisiciones.
- Investigación, análisis y remedio de la conducta inadecuada detectada⁷⁴⁷.

Debe mencionarse también la llamada *Magnitsky Act* de 2012 (*Russia and Moldova Jackson–Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012*) que tenía como objetivo castigar a los agentes rusos responsables de la muerte de Magnitsky en Rusia, mediante la prohibición de entrada a EEUU, congelar sus cuentas bancarias y bienes en Estados Unidos y prohibiéndoles tener cualquier tipo de relación comercial con personas físicas y jurídicas de Estados Unidos. En diciembre de 2016 el acta fue modificada permitiendo atacar a agentes extranjeros que cometieran hechos en contra de los Derechos Humanos, así como presuntos actos

746 GARCÍA MORENO, Beatriz. “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración”, en NIETO, A/ MAROTO, M (Dir.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. pp. 58-59; NIETO MARTIN, Adán. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp. 12 y 17.

747 Recomendación añadida el 03 de julio de 2020 a la *FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act*.

de corrupción pública⁷⁴⁸, suponiendo un aumento en las capacidades de las autoridades norteamericanas para sancionar a empresas y personas físicas. Lo anterior ha evolucionado a las llamadas lista OFAC de sanciones, que han castigado a funcionarios públicos, personas físicas y empresas de países como Nicaragua, Irán, Venezuela y otros.

Sin lugar a duda, la persecución penal internacional de los EEUU es un tema que no puede ser ignorado parte de las empresas en cualquier lugar del mundo. Adicionalmente conforme a lo analizado anteriormente se puede afirmar que ese país ha realizado importantes esfuerzos en materia de *compliance*, estableciéndose legislación significativa o guías en la materia que han sido adoptadas por varios países y adaptados a su propia realidad tal y como se analizará a continuación. Por último, cualquier persona especializada en *compliance* debería conocer el fundamento legal de esta materia en Estados Unidos para un mayor entendimiento de su origen, evolución, adecuada puesta en práctica y valoración judicial.

3.2 Reino Unido

Londres es uno de los centros financieros más importantes del mundo, con gran cantidad de bancos y fondos de inversión; adicionalmente la liga inglesa de fútbol es una de las que más dinero mueve en fichajes y derechos de transmisión, y en donde existen grandes cantidades de dinero pueden darse grandes delitos económicos. Por esa razón la policía de esa ciudad cuenta con una importante unidad de investigación de delitos económicos, financieros y corrupción (*corrupción moderna*)⁷⁴⁹.

Sin embargo una unidad de investigación policial necesita de instrumentos legales que le permitan hacer su trabajo; son varios los textos legales que ha incorporado el Reino Unido para combatir la delincuencia económica: *Public Bodies Corrupt Practices Act* de 1889, *Prevention of Corruption*

748 *Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012*, conocida como *Magnitsky Act*. De los Estados Unidos de América. Se puede consultar en: <https://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-112publ208/html/PLAW-112publ208.htm>. En diciembre de 2017 el gobierno de Estados Unidos de América mediante la aplicación de la Magnitsky Act impuso sanciones a varias personas centroamericanas por presunta corrupción, entre ellos el diputado guatemalteco Julio Antonio Juárez Ramírez y el presidente del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua Roberto Rivas Reyes por fraude electoral y de haber obtenido una fortuna por actos de corrupción. Canal de Noticias CNN en español artículo: “*EEUU impone sanciones al presidente del Consejo Supremo Electoral de Nicaragua*”. 21 de diciembre. Atlanta, Estados Unidos de América. Se puede consultar en: <http://cnnespanol.cnn.com/video/cnnee-panorama-sanciones-nicaragua-roberto-rivas/>

749 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p.148. Dicha policía trabaja en coordinación con otras autoridades.

Act de 1906, Prevention of Corruption Act de 1916, Anti-Terrorism Crime and Security Act de 2001 y The Fraud Act de 2006, este último documento que entró en vigor el 15 de enero de 2007 es una importante herramienta para combatir el fraude en todas sus modalidades. Pese a la gran cantidad de normativa existente no existía una normativa específica en materia anticorrupción, hasta que se aprobó la *UK Bribery Act* (UKBA) en 2010. La UKBA ha tenido un importante efecto desde el punto de vista del *compliance*, ya que la mayoría de las empresas inglesas de todos los tamaños han adoptado los lineamientos base en material de *compliance* que ha dado dicha acta⁷⁵⁰.

La *UK Bribery Act* fue establecida como la versión británica de la FCPA, pero con una regulación más amplia y restrictiva que la FCPA, ya que, a diferencia de su homóloga norteamericana, la UKBA sí castiga los pagos rutinarios pequeños o también llamados pagos de facilitación (o engrase) a favor de funcionarios públicos de rango bajo⁷⁵¹, también castiga los sobornos comerciales entre empresas o particulares (corrupción entre particulares) a diferencia de su homóloga norteamericana. Concretamente la UKBA prohíbe cuatro conductas básicas⁷⁵²: 1.

750 HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. p. 341. Resulta necesario mencionar dos importantes casos de corrupción en Reino Unido y que influyeron en la aprobación de la UKBA: el primero, que salió a la luz pública en 1973, cuando el arquitecto John Poulson dueño de una de las empresas de desarrollo inmobiliario más grandes de Europa fue detenido, acusado, procesado en el juicio más caro de la historia de Inglaterra y condenado a siete años de prisión por haber realizado una gran de sobornos y diversos actos de corrupción que le aseguraron una importante cantidad de contratos especialmente durante la reconstrucción de Inglaterra después de la Segunda Guerra Mundial. A raíz de este famoso caso el gobierno británico dispuso de varias comisiones y reportes especiales durante más de 35 años para luchar contra la corrupción. El segundo caso fue el de la compañía británica de defensa militar BAE, la segunda empresa más grande del mundo en dicho sector, acusada de sobornar a miembros de gobierno de Arabia Saudí, así como al dictador chileno Augusto Pinochet para asegurarse cuantiosos contratos de defensa (contratos con valor de varios miles de millones de libras esterlinas), sin embargo pese a las duras acusaciones y la basta prueba que existía, el entonces Primer Ministro Tony Blair decidió suspender toda investigación de la policía debido a *razones de seguridad* justificando que Arabia Saudí era uno de los principales aliados de Inglaterra en la lucha antiterrorista; este segundo caso y especialmente la impunidad marcó motivó a los parlamentarios británicos a aprobar la UKBA. KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. pp. 55 a 73. Entre las comisiones e informes que se realizaron destacan: *The Redcliffe-Maud Committee* de 1973, *The Salmon Commission* de 1975, *The Nolan Report* 1995, *The Law Commission Report* 1998, *The Draft Corruption Bill* de 2003, *The Joint Committee on the Draft Corruption Bill*, *The Bribery Consultation Paper* de 2005, *Law Commission Consultation* 2007, *The Final Law Commission Report and Draft Bribery Bill*, *The Joint Committee on the Draft Bribery Bill*; SHII, Yurika. "On law enforcement through agreements between US regulatory authorities and foreign corporations", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. pp. 245 y 246; Adicionalmente en el año 2007 el DOJ de Estados Unidos inició una investigación contra la empresa BAE por este mismo caso sin la cooperación de las autoridades británicas; a raíz de dicha investigación la empresa BAE ostenta la sexta posición de las 10 multas más grandes de toda la historia en aplicación de la FCPA, ya que fue multada con \$400 millones en 2010 por violaciones a las *FCPA's books, records and internal controls provisions*, pero no fue sancionada por violaciones a las disposiciones de sobornos porque eso hubiese significado la prohibición de contratar con las autoridades públicas, principal cliente de una empresa armamentista lo que hubiese significado una posible inviabilidad económica de la empresa. Sobre esto: ISHII, Yurika. "On law enforcement through agreements between US regulatory authorities and foreign corporations", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. pp. 245-246; KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 197.

751 BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017. p. 45; LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 30.

752 Sobre esto: TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 79.

Sobornar a otra persona, sea pública o privada (*offense of giving, promising to give or offering a bribe*⁷⁵³); 2. Aceptar sobornos, (*offense of demanding, asking for or agreeing to accept a bribe*⁷⁵⁴); 3. Sobornar a funcionarios públicos extranjeros, (*offense of bribery of a foreign public official*⁷⁵⁵); y 4. Que una empresa no cuente con los procedimientos adecuados para evitar la corrupción (*offense failure to prevent bribery*⁷⁵⁶), en este último caso, una imputación con una naturaleza de autorresponsabilidad penal de la empresa⁷⁵⁷. Mientras que el caso de las tres primeras conductas se castigará siempre que sean con el objetivo de obtener o mantener un negocio u obtener o mantener una ventaja en el negocio⁷⁵⁸.

Al igual que la FCPA la UKBA también tiene un importante componente de extraterritorialidad que permite a las autoridades inglesas la persecución de empresas y personas físicas a nivel mundial que ostenten un mínimo punto de conexión con el Reino Unido⁷⁵⁹, ya que la UKBA puede ser aplicada tanto a: *ciudadanos británicos, residentes, empresas inglesas, empresas extranjeras establecidas o que desempeñen parte de sus actividades en el Reino Unido*⁷⁶⁰.

La UKBA se pone en práctica por medio de varias agencias estatales que trabajan en conjunto: la *National Crime Agency* (NCA); la *International Corruption Unit*; la *Economic Crime Agency*; y la *Serious Fraud Office* (SFO) quienes participan en la investigación de los hechos delictivos.

Estas autoridades utilizan cuatro clasificaciones para las empresas de acuerdo con la gravedad de la culpabilidad de esta en el hecho delictivo⁷⁶¹: 1. *Unconsciously incompetent*: la compañía ha sido negligente al ignorar las previsiones legales en materia de prevención de la corrupción y en aplicar políticas y procedimientos encaminados a prevenirla. Se considera que hay ausencia de intención criminal de forma directa (*absence of direct criminal intention*); 2. *Consciously incompetent*: es el

753 UK Bribery Act, Section 1: Active Bribery.

754 UK Bribery Act, Section 2: Receipt of Bribes.

755 UK Bribery Act, Section 6: Bribery of a Foreign Public Official.

756 UK Bribery Act, Section 7: The Corporate Offense of Failing to Prevent Bribery.

757 Sobre esto: HERNÁNDEZ, María. "Políticas Anticorrupción", en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 162; y BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017. p. 45.

758 BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017. p. 48.

759 UK Bribery Act, Section 12; Sobre esto: CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 119; KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. P. 79.

760 BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017. p. 45.

761 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 220.

caso más serio de responsabilidad ya que la alta dirección empresarial ha tomado decisiones conscientes para tolerar la corrupción, además para el resto de los empleados de la empresa realizar sobornos es parte de las instrucciones de la alta dirección, es decir existe una ausencia total de cultura ética empresarial por voluntad propia; 3. *Consciously competent*: la empresa ha adoptado políticas razonables en materia de prevención de la corrupción, pero en la práctica estas políticas no se aplican para empleados medios y bajos, quienes son los encargados de los sobornos; 4. *Unconsciously competent*: la compañía cuenta con adecuadas políticas anticorrupción y con mecanismos para detectar este tipo de hechos, además cuando estos hechos son descubiertos son reportados a las autoridades para su investigación, en la cual la empresa colabora de forma activa.

La defensa más importante que puede alegar una empresa es la adecuada implementación de *procedimientos para prevenir el soborno*⁷⁶², hasta el punto de que puede ser considerada una eximente de la responsabilidad si logran acreditar que ha incorporado un programa adecuado para prevenir hechos de corrupción⁷⁶³. De acuerdo con el desarrollo que ha seguido la *UK Bribery Act* de 2010, para lograr probar lo anterior la empresa debe contar con un adecuado programa de *compliance*,⁷⁶⁴:

- *Establecer los procedimientos adecuados para disminuir los riesgos derivados de la actividad empresarial, especialmente aquellos enfocados en prevención de la corrupción.*
- *Compromiso de la alta dirección en la realización de negocios de forma justa, honesta y transparente, que los mismos reciban capacitación en materia de compliance y estén sujetos a controles.*
- *Risk assessment o mapeo de los potenciales riesgos de carácter penal especialmente, los cuales deben enfocarse en analizar aspectos como: riesgo por país, riesgo sectorial, riesgo*

762 CASSIDY, M.M/WALSH, A. "Legal Requirements for an Ethics & Compliance program", en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 7.

763 Ministry of Justice of the United Kingdom (2011). "*The UK Bribery Act. Quick Start Guide*". P. 2. Sobre lo mismo: HERNÁNDEZ, María. "Políticas Anticorrupción". en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 162.

764 Sobre las 6 características: BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017. pp. 51-52; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 652 a 665; LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 33; HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. p. 342; The FCPA Blog: "Practice alert: key differences in UK Bribery Act guidance versus FCPA guidance". 20 de mayo de 2019. Se puede consultar en: <http://www.fcpablog.com/blog/2019/5/20/practice-alert-key-differences-in-uk-bribery-act-guidance-ve.html>.

de transacciones, riesgo en las oportunidades de negocio y riesgo derivado de socios de negocios.

- *Due diligence a la hora de establecer nuevas relaciones comerciales (patrocinadores, inversiones en otros países), contratar servicios (contratación de jugadores), contratar intermediarios (agentes o intermediarios deportivos, consultores en países extranjeros, fundaciones).*
- *Comunicación de la cultura ética y anticorrupción, debe incluirse formación del personal.*
- *Monitoreo y control de los nuevos riesgos y del cumplimiento de los controles.*

Concretamente, el programa de *compliance* deberá de contar como mínimo con los siguientes elementos: código de conducta, un programa adecuado de formación y educación; procedimientos internos para reportar de forma segura conductas contrarias al código de conductas; procesos para identificar las áreas de riesgo de la empresa; controles para aprobar los pagos de comisiones y de representantes; política de regalos y hospitalidades; procedimientos para la aplicación de medidas de due diligence respecto a nuevos proyectos o negocios; procedimientos que minimicen las conductas contrarias al código de conductas; procesos de dirección interna y auditoría que establezcan adecuados controles; políticas y procesos para las empresas subsidiarias y para la ejecución de proyectos conjuntos con otras empresas; política de prevención del blanqueo de capitales; políticas que regulen las donaciones; procedimientos de investigaciones internas; y un sistema de sanciones por incumplimiento de las políticas empresariales⁷⁶⁵.

Procesalmente la empresa puede negociar un DPA con las autoridades, para lo cual las autoridades exigirán a la empresa: *una aceptación de la responsabilidad penal, el pago de una multa, que la empresa compense a las víctimas, donar dinero a la caridad, implementar un programa de compliance o modificar de forma importante el programa existente siguiendo los lineamientos previamente mencionados en los párrafos anteriores*⁷⁶⁶.

Los componentes antes mencionados deben ser incluidos en programas de *compliance* de entidades con actividades en Reino Unido o que realicen negocios en Reino Unido. En el ámbito concreto

⁷⁶⁵ TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 680.

⁷⁶⁶ Ibidem. p. 673; LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 59.

del deporte, el programa debe cubrir a entidades deportivas profesionales británicas, pero también a entidades deportivas que tengan relación económica con clubes del Reino Unido como pueden ser transferencias de jugadores, o contratos de patrocinio con empresas inglesas, que en muchos casos requerirán a sus terceros contar con programa de *compliance* de acuerdo con la normativa inglesa.

3.3 Italia

Para abordar el análisis de la corrupción en Italia es imprescindible examinar el grado de influencia ejercido por la mafia en la esfera de la administración pública, una injerencia que alcanzó proporciones tales que logró infiltrarse en todas las instancias gubernamentales, desencadenando así una crisis de corrupción sin precedentes. Esta situación motivó a la comunidad internacional a demandar a Italia la implementación de medidas concretas destinadas a combatir tanto el crimen organizado como la corrupción. Como resultado, Italia eventualmente promulgó la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, tal como se ha discutido previamente en el presente trabajo.

Esa lucha anticorrupción en Italia ha tenido como consecuencia la adopción de distintas normativas, como el Decreto Administrativo 231/2001 de 8 de junio, pero también es destacable la normativa aprobada en el año 2012 que endureció las penas en contra de los funcionarios públicos por delitos de corrupción y permite a los jueces aplicar penas accesorias de inhabilitación de por vida para ostentar cargos públicos, incluir el delito de corrupción entre particulares. Dicha legislación también estableció obligaciones en materia de *compliance* para las empresas, además obliga a las mismas a cumplir con ciertos parámetros para garantizar que no son parte del crimen organizado o que el crimen organizado no las ha penetrado⁷⁶⁷.

Todo lo anterior ha tenido como consecuencia directa que las empresas italianas opten por la adopción e implementación de programas de *compliance* pese a que no existe una obligación normativa que los compela a implementarlos. Lo cierto es que los programas de *compliance* sí

⁷⁶⁷ Diario El Mundo, artículo: “Italia aprueba una ley anticorrupción impulsada por el Gobierno de Monti”. 31 de octubre de 2010. Se puede consultar en: <https://www.elmundo.es/elmundo/2012/10/31/internacional/1351691958.html>.

pueden ser utilizados como atenuantes o eximentes, y para lo lograr eso deben contar con una serie de elementos mínimos: la empresa deberá de probar que adoptó un modelo de organización, gestión y control (*modello di organizzazione, gestione e controllo*) y control adecuado y un organismo de vigilancia (*organismo di vigilanza*)⁷⁶⁸, que debe cumplir con los siguientes requisitos: 1. *Individualizar la actividad en cuyo ámbito se pueden cometer delito (mapa de riesgos)*; 2. *establecer los protocolos específicos para regular la actuación y toma de decisiones en relación con los delitos que se debe prevenir*; 3. *Regulación de la gestión de recursos financieros para impedir la comisión de delitos*; 4. *Regular el organismo encargado de vigilar el funcionamiento del programa (órgano que deberá de realizar verificaciones periódicas sobre la idoneidad del modelo)*; 5. *Introducir un sistema disciplinario idóneo para sancionar el irrespeto al modelo*⁷⁶⁹.

Las autoridades italianas exigen que el modelo adoptado por la empresa permita como mínimo: *identificar las actividades en las que pueden cometerse delitos; establecer protocolos para la adecuada toma de decisiones; una adecuada gestión de los recursos financieros; el establecimiento de un deber de información respecto al organismo encargado de la vigilancia del modelo; y el establecimiento de un sistema disciplinario*⁷⁷⁰.

En el ámbito deportivo, Italia tiene bastante importancia, la Liga A de fútbol profesional es de las más importante de Europa. Pese a esto, ha recibido importantes cuestionamientos por la penetración del crimen organizado y por los diversos casos de amaño de partidos que ha llegado hasta los clubes más importantes del país, adicionalmente figuras polémicas han presidido algunos clubes. Lo anterior es un motivo muy importante para que los clubes italianos cuenten con programas de cumplimiento.

768 CRAVETTO, C/ZANALDA, E. "Corporate Criminal Liability in Italy: Criteria for Ascribing "Actus Reus" and unintentional crimes", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 110.

769 Decreto Administrativo 231/2001 italiano de 8 de junio, artículo 6.2. sobre ese decreto: SEMINARA, Sergio. "Compliance y Derecho penal: La Experiencia Italiana", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. pp. 140-142; CRAVETTO, C/ZANALDA, E. "Corporate Criminal Liability in Italy: Criteria for Ascribing "Actus Reus" and unintentional crimes", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 110.

770 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 102-103; PALUDI, A/ZECCA, M. "Corporate responsibility and compliance programs in italian case law", En CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. p. 399.

3.4 Alemania

Durante años, Alemania fue criticada por no combatir la corrupción internacional, por ejemplo: se estima que entre 1994 y 1998 las empresas norteamericanas perdían 108 billones de dólares americanos en contratos cada cuatro años frente a las empresas alemanas, sobre estas últimas se estima que pagaron doce billones de dólares en sobornos para obtener esos contratos⁷⁷¹. Incluso hasta 1999 los sobornos de empresas alemanas a agentes públicos extranjeros no solo no eran castigados como delito, sino que además podían ser incluidos como un gasto legítimo en la declaración del pago de impuestos⁷⁷². Todo esto cambió en el nuevo milenio, debido a la adopción de obligaciones internacionales y especialmente al famoso caso Siemens (que se analizará más adelante) y que llevó a las empresas alemanas a cambiar su cultura corporativa y a las autoridades alemanas a combatir la corrupción internacional.

El ordenamiento alemán no contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica⁷⁷³, pero sí exige de forma expresa en su legislación la adopción de programas de *compliance* para ciertos sectores regulados, además existen ciertas legislaciones sectoriales (como la de prevención del blanqueo de capitales) que requieren adoptar medidas para prevenir y detectar los delitos, al mismo tiempo ciertos sectores económicos también han desarrollado modelos encaminados a la transparencia del sector, sean *políticas sectoriales*⁷⁷⁴. El más importante fue establecido por el Instituto Alemán de Auditores Públicos conocido como *IDW EPS 980* de abril de 2011, el mismo puede ser utilizado en cualquier empresa y establece los elementos básicos que debe contener un programa de *compliance*: 1. *Cultura de cumplimiento expresada por medio de código de integridad*; 2. *finés de cumplimiento o sistema sancionatorio por incumplimiento de las políticas*; 3. *organización de compliance establecer a los encargados de hacer cumplir el modelo así como dotarlos de los medios necesarios para que la puedan cumplir*; 4. *Individualización del riesgo, reconocimiento y valoración de los posibles riesgos*; 5. *Obligación de comunicación de incidencias*

771 ASSLANDER, Michael. "Corruption in the IT Branch. The example of Siemens", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 212.

772 Ibidem. p. 216.

773 Aunque han existido proyectos de ley para implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, el más reciente en 2013, que como característica novedosa incluye una regulación de los programas de *compliance*. Actualmente el tema está generando bastante discusión en Alemania y no sería una sorpresa si se llega a incluir la responsabilidad penal de la persona jurídica en el ordenamiento alemán.

774 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 19.

a todo el personal competente; 6. Vigilancia y corrección, implementación de medidas de supervisión y vigilancia⁷⁷⁵.

Según un estudio del instituto Max Planck de Derecho penal Extranjero e Internacional con la colaboración de la consultora Deloitte, entre un 80 y 90% de las empresas alemanas cuentan con programas de *compliance*; además dicho estudio también reveló que aproximadamente un 78% de las empresas alemanas cuenta con códigos de conducta⁷⁷⁶. Lo que denota que las empresas alemanas han optado por incluir aspectos éticos directamente en el programa de *compliance*⁷⁷⁷. Además, según el instituto Max Planck, el 93% de programas de *compliance* analizados (y el 100% en las empresas que cotizan en la bolsa alemana DAX 30) hacen referencia explícita a la prevención de la corrupción, algo que no es de extrañar debido a los antecedentes del caso Siemens, adicional al tema de corrupción, las empresas alemanas también cubren los siguientes temas en sus programas de *compliance*: fraude; protección del patrimonio frente a hurtos o robos; protección de datos; derecho de la competencia y anti monopolio; reportes financieros; derecho laboral; derechos de autor; seguridad de los productos; prevención del blanqueo de capitales; control de las exportaciones; protección del ambiente; mercado de capitales; derecho fiscal; y uso de información privilegiada (en orden de importancia que le dan)⁷⁷⁸.

Por otra parte, la crisis económica mundial desencadenó en que en mayo de 2013 el parlamento alemán aprobara la ley conocida como *Trennbankengesetz* (llamada también *Ring Fencing Act*) y que entró en funcionamiento en enero de 2014; dicha ley impone penas de hasta cinco años de prisión para ejecutivos cuando pongan en riesgo la viabilidad de un banco, se lleve a insolvencia o se ponga en un estado de sobre endeudamiento a una entidad aseguradora. Para determinar lo anterior se les ha impuesto una posición de garantía con una serie de deberes y responsabilidades

775 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. p. 113.

776 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 38.

777 Ibidem.

778 Ibidem. pp. 40-51 y 195. Este ejemplo es para empresas en general pero dependiendo del ámbito económicos e incluso tamaño de la empresa el orden de importancia variará, por ejemplo en el ámbito financiero el orden de importancia es: *prevención del blanqueo de capitales, protección de datos, conflictos de interés, fraude, uso de información privilegiada, financiación del terrorismo, abuso de confianza, seguridad, corrupción, manipulación del mercado, reportes financieros, derecho de la competencia y prácticas monopolísticas, normativa comercial internacional, responsabilidad por producto defectuoso, protección del ambiente y extorsión*. El orden de los temas a lo que una empresa hace referencia está directamente relacionado por los riesgos penales más altos que se determinen en el análisis de riesgos.

en el control de riesgo (*risk management*) a dichos ejecutivos⁷⁷⁹, y se han establecido obligaciones para las entidades financieras, bancarias y de seguros en materia de prevención de delitos⁷⁸⁰. Es decir, la ley viene a castigar conductas en sectores económicos sumamente importantes y con grandes repercusiones para la sociedad y la economía en general como lo son el sector bancario, financiero y de los seguros⁷⁸¹, además de imponer obligaciones de control del riesgo y la adopción de políticas de *compliance* especialmente desde el punto de vista de los controles financieros.

Para conocer los controles de riesgo que se deben establecer las entidades bancarias y financieras, debe revisar las llamadas circulares *MaRisk* (*Mindestanforderungen an das Risikomanagement*)⁷⁸², las cuales dan las pautas para evaluar los siguientes aspectos: 1. La estrategia de negocios que la empresa sigue es acorde al desarrollo esperado para la empresa; 2. Existencia de una adecuada evaluación de los riesgos; 3. Existencia de adecuados controles internos, además de una adecuada auditoría interna que garantiza una segregación e identificación de las funciones de cada empleado, una clara comunicación interna, que los empleados no realicen acciones para las cuales no han sido autorizados y la elaboración de reportes de riesgo periódicamente; 4. Establecimiento de niveles para los empleados de acuerdo a sus funciones, además de garantizar la calidad y cantidad de empleados necesarios para los puestos; 5. Elaboración de adecuados planes de contingencia frente a emergencias; y 6. Controles adecuados cuando se reciban servicios de otras empresas (*outsourcing*).

La legislación anticorrupción en Alemania ha evolucionado especialmente desde la crisis económica de 2008, sin embargo, en los últimos años se han dado importantes casos de corrupción en empresas (Volkswagen/Audi, BMW y Daimler con el Diesel Gate y pactar carteles, Deutsche Bank con diversos casos, entre otras). Mientras que en el ámbito deportivo el diario alemán Der Spiegel publicó una serie de reportajes en los últimos años sobre el supuesto pago de sobornos a

779 RICHTER, Thomas. "The new german Ringfencing act establishing criminal liability of banking and insurance executives for failures in risk management: a step towards corporate criminal liability", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 321.

780 Ibidem. p. 331.

781 Ibidem. p. 329.

782 Sección 25C subsección 4a KWG de la circular *Mindestanforderungen an das Risikomanagement* (*MaRisk*) de la República Federal Alemana, citada y analizada por: RICHTER, Thomas. "The new german Ringfencing act establishing criminal liability of banking and insurance executives for failures in risk management: a step towards corporate criminal liability", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. pp. 324-326.

miembros del comité de la FIFA para que el Alemania fuera seleccionado como sede de la Copa Mundial de la FIFA de 2006⁷⁸³, especulaciones que nunca fueron confirmadas. Estos casos han influido en que se despierte nuevamente la discusión sobre la posible adopción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual puede generar importantes cambios en materia de *compliance* en Alemania en los próximos años, e incluso en Europa entera.

3.5 Francia

Francia es una de las principales economías del mundo, y en los últimos años ha establecido una serie de políticas para combatir la corrupción, el principal esfuerzo ha sido la denominada ley Sapin II de 10 de diciembre de 2016 y que entró en vigor el primero de junio de 2017. El objeto de esa ley es combatir la corrupción de funcionarios públicos extranjeros mediante la implementación de ciertas obligaciones a las empresas que están sujetas a la legislación. La ley únicamente afecta a las empresas o grupos de empresas con sede corporativa en Francia que tengan más de 500 empleados y una facturación superior a los cien millones de euros anuales, lo que se traduce en unas 1600 empresas⁷⁸⁴, siendo por lo tanto difícil que la ley le pueda ser aplicada a un club deportivo.

Entre los aspectos exigidos a las empresas por la ley Sapin II destacan: la creación de un código que defina e ilustre los distintos tipos de comportamientos prohibidos como sobornos y tráfico de influencias (código ético – política de prevención de delitos); un canal de denuncias dentro de la empresa⁷⁸⁵; una evaluación de los riesgos que permita identificar, analizar y categorizar los riesgos de la empresa relacionados con soborno; establecer procedimiento de diligencia debida a la hora de entablar nuevas relaciones comerciales con clientes; proveedores e intermediarios, establecer

783 Canal DW, artículo: “Report: More dubious payments uncovered in German World Cup Scandal”. 24 de marzo de 2017. Berlín, Alemania. Se puede consultar en: <https://www.dw.com/en/report-more-dubious-payments-uncovered-in-german-world-cup-scandal/a-38115278>. (Consultada por última vez 12/09/21).

784 Ley de la República Francesa n° 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016, relativa a la transparencia y a la lucha contra corrupción y la modernización de la vida económica (*Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*). Y artículo 131-39-2-I del Código Penal Francés. I. - *Les présidents, les directeurs généraux et les gérants d'une société employant au moins cinq cents salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins cinq cents salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros sont tenus de prendre les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence selon les modalités prévues au I.*

785 Cabe destacar como una de las principales críticas a la nueva ley es la omisión de un apartado encaminado a proteger a los empleados que denuncian por medio del canal de denuncias interno de la empresa.

controles contables diseñados para asegurar que la empresa no comete sobornos; entrenamiento para los empleados sobre la prevención de la corrupción; un sistema de sanciones disciplinarias en caso de violaciones al código de conducta; y controles internos que aseguren la eficiencia del programa de ⁷⁸⁶.

Por otra parte, la ley Sapin II crea la nueva Agencia Francesa Anticorrupción (*l'Agence Française Anticorruption*) la cual tiene entre sus funciones: ayudar en la prevención y la detección de la corrupción de los actores económicos y públicos, así como las administraciones del Estado, elaborar un plan nacional de prevención de la corrupción, fiscalizar que las grandes empresas cumplan con la obligación de vigilar la lucha contra la corrupción en sus actividades, vigilar las medidas de cumplimiento ordenadas que fueron ordenadas por medio de sentencia penal por tribunales franceses o el cumplimiento de medidas ordenadas por tribunales extranjeros⁷⁸⁷. La Agencia Francesa Anticorrupción elaboró una guía práctica con los elementos de *compliance* que deben implementar las empresas (*Guide pratique: La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*⁷⁸⁸) la cual establece los siguientes requisitos: un encargado del programa de cumplimiento (*compliance officer*) con recursos y delegación operacional que debe reportar sus funciones; realizar un análisis de riesgo; establecimiento de un código de conducta; capacitación constante para empleados y directivos; implementación de un canal de denuncias; acordar un régimen disciplinario; debida diligencia frente a terceros; establecer procedimientos de control; y adoptar evaluaciones internas⁷⁸⁹.

Las principales sanciones que contempla la ley Sapin II son: la posibilidad de imponer multas de hasta un millón de euros a las empresas que fallen en establecer programas de *compliance*, en

786 *Client Alert White and Case France*, "Update in Sapin II law", Enero de 2017. <https://www.whitecase.com/publications/alert/update-sapin-ii-law>

787 Página oficial del Gobierno de la República Francesa: <http://www.gouvernement.fr/argumentaire/lancement-de-l-agence-francaise-anticorruption>. Y artículo 3 de la Ley de la República Francesa n° 2016-1691 de 9 de diciembre de 2016, relativa a la transparencia y a la lucha contra corrupción y la modernización de la vida económica (*Loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique*).

788 *l'Agence Française Anticorruption*: "Guide pratique: La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise", junio 2019. Se puede consultar en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf.

789 Ibidem. Concretamente el análisis de riesgo debe basar en varias conductas: derecho de la competencia, corrupción, uso de información privilegiada, ética, fraudes, blanqueo de capitales y financiación del terrorismo. Un aspecto importante que destaca en esta guía práctica es el establecimiento soporte informático en la tarea de *compliance*, recordándose que la ley Sapin está orientada para empresas de gran tamaño en donde el manejo de *big data* por parte del órgano de cumplimiento será indispensable para una adecuada gestión. La implementación de herramientas informáticas debe tener entre sus objetivos: establecer herramientas para evaluar la integridad de terceros, alertas internas, gestión de riesgos, monitoreo, aprendizaje electrónico, entre otros.

formar a los empleados de alto nivel en anticorrupción y prevención del soborno, no proteger a los denunciantes y no aplicar criterios de *risk assessments* a terceras partes⁷⁹⁰. Adicionalmente, esa nueva ley también incluye la creación de un nuevo tipo penal, el soborno de funcionarios públicos extranjeros⁷⁹¹, además de introducir la posibilidad de aplicar acuerdos de persecución penal diferida llamados *convention judiciaire d'intérêt public*⁷⁹² (el equivalente a los *deferred prosecution agreement –DPA*). Otra posible sanción, es la publicación de la sentencia o el acuerdo alcanzado con las autoridades, lo cual puede ser considerado como una pena reputacional, sin embargo, para algunos autores la publicación de un acuerdo con la fiscalía genera un menor el daño reputacional en comparación con el daño que podría producir que la empresa vaya a juicio⁷⁹³. Los esfuerzos franceses para aplicar la responsabilidad penal de la persona jurídica quieren enviar un mensaje claro a las empresas y es que el riesgo de una posible sanción es más grande que la ganancia a obtener por el hecho delictivo (*comprendre que le risque est plus grand que le profit*)⁷⁹⁴.

3.7 España

Conforme a lo analizado previamente, es posible afirmar sin lugar a duda, que existe una importante tendencia internacional de implementar medidas encaminadas a luchar contra la corrupción y de prevenir la criminalidad especialmente económica en las empresas mediante la instauración de programas de *compliance*⁷⁹⁵; tendencia de la que España no ha escapado. El tema del *compliance* no era nuevo en España, desde hace varios años existe la regulación en riesgos: laborales; ambientales; blanqueo de capitales y financiación del terrorismo; protección del consumidor y competencia; entre otros. Esos programas han sido implementados especialmente en industrias como la bancaria; financiera; la industria alimentaria; la farmacéutica; y en general en

790 PLENDERLEITH, Jack. “France gets serious about anti-corruption”. International Compliance Association. 2017. Se puede consultar en: https://int-comp.org/insight/2017/france-gets-serious-about-anti-corruption/?&utm_source=exacttarget&utm_medium=email&utm_campaign=1411+-+EUROPE+newsletter+content

791 Regulado por el nuevo artículo 122-9 del Código Penal Francés.

792 Artículo 41.1.2-I. Del Código Penal Francés.

793 NIETO MARTÍN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/MAROTO, M. (Dir.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 19; GOENA VIVES, Beatriz “La atenuante de colaboración”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. pp. 254 a 258; y JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 22

794 PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Ed. L'Harmattan. 2003. p. 27.

795 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 69.

sectores tradicionalmente sensibles . La regulación tiene como principal objetivo lograr la autoorganización de las empresas (*compliance* regulatorio), pero también están encaminados a prevenir la comisión de delitos (Derecho penal del trabajo; delitos ambientales; blanqueo y financiación del terrorismo; falseamiento de cuentas; administración desleal; estafa; delitos contra los derechos de los consumidores; delitos contra la salud pública; entre otros.).

El surgimiento del *compliance* penal, también conocido como anticorrupción⁷⁹⁶, tuvo su inicio en 2010 con la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal. Este impulso se debió a una serie de escándalos de corrupción pública que involucraron a empresas⁷⁹⁷, así como a la presión internacional para sancionar a las corporaciones por actividades delictivas. Sin embargo, en la práctica del *compliance*, esa primera etapa del cumplimiento penal español se limitó a grandes empresas, especialmente aquellas cotizadas en el Ibex 35 y a grandes transnacionales. La segunda etapa en la evolución del *compliance* anticorrupción se puede ubicar con la reforma del CP de 2015, que marcó un nuevo camino en la persecución penal de empresas y que tuvo como consecuencia un importante fomento de los programas *compliance*. El CP no establece una obligación expresa de adoptar modelos de *compliance*, ya que únicamente se limita a hacer referencia a modelos de organización que incluya medidas de vigilancia y control para prevenir delitos⁷⁹⁸. Pero la apreciación de los elementos básicos con los que debe contar un programa de *compliance* se ha dado por la experiencia internacional, en países con más trayectoria en la materia, especialmente los anglosajones.

Como se analizó previamente, los países anglosajones son muy rigurosos respecto de cómo debe realizarse e implementar un programa de *compliance*; los programas de *compliance* no pueden instaurarse de la noche a la mañana ni pueden ser genéricos para las empresas. El proceso de diseño, desarrollo e implementación de un adecuado programa de *compliance* conlleva un trabajo extenso,

796 Algunos autores han definido el *compliance* penal como: *el criminal compliance contiene la totalidad de las medidas necesarias y lícitas para la prevención de la responsabilidad jurídico-penal de los empleados de la empresa en virtud de comportamientos relacionados con la actividad empresarial*. ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Ed. Marcial Pons. 2022. p. 288.

797 SÁIZ PENA, Carlos Alberto. “Capítulo I: Introducción: ¿Qué es el Compliance?”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 34. El autor destaca varios casos de escándalos corporativos por fraudes y falta de control como: Gowex, Pescanova, FC Barcelona, ERES de Andalucía, Zoo de Madrid, Pujol, Púnica y Tarjetas de negras de Cajamadrid. Después de la crisis económica mundial los fraudes empresariales se dispararon, y en España el coste medio de cada fraude fue €730.000, especialmente apropiación indebida, sobornos y manipulación contable. Sobre esto: Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. p. 7 (presentación de la revista.).

798 Art. 31 bis, Código Penal español.

sin embargo, la praxis profesional en España ha llegado a un escenario criticado por autores, como NIETO MARTÍN, quien considera que en el mercado actual español de elaboración de programas de *compliance* se puede suponer que estamos ante un amplio escenario de programas genéricos (o de “maquillaje”) en las empresas, tomando como referencia los bajos costes en los que algunos despachos o abogados “ofrecen” esos programas⁷⁹⁹. Olvidado que los programas deben ser hechos a la medida de cada empresa, lo cual conlleva una importante cantidad de horas de trabajo y por ende se ve reflejado en su costo económico.

Por otra parte, son pocas las empresas que han optado por un modelo de *compliance* global⁸⁰⁰. Empresas con presencia internacional deben adoptar una única estructura de *compliance* global, la cual se desarrolle una adecuada y única cultura ética para toda la empresa con una sola estructura, totalmente idónea para funcionar en un mundo globalizado⁸⁰¹ que, por supuesto debe sufrir ajustes de acuerdo con los ordenamientos en los que se tiene actividad. En la práctica debe pensarse en un modelo de *compliance* global que permita coordinar una sola cultura ética dentro de la empresa sin importar los distintos países o filiales donde la entidad desarrolle su actividad⁸⁰². Para NIETO MARTÍN, es necesario prevenir las conductas que sean establecidas en el ordenamiento más exigente⁸⁰³, pero no pueden olvidarse riesgos y exigencias normativas específicas de los distintos países.

3.7.1 Los modelos de *compliance* como fundamento de una eximente o atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica

799 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 218; LAUFER, William. “O Compliance Game”, en BRODOWSKI, D/LUÍSA DE SÁ, A/SAAD-DINIZ, E. (organizadores) *Regulação Do Abuso No Âmbito Corporativo: O Papel Do Direito Penal Na Crise Financeira*. Ed. Liber Ars. p. 59.

800 En esta selecta categoría de empresas tomándose en serio la materia de *compliance*, debe destacarse el caso de la empresa Repsol, que ha adoptado un sistema de anticorrupción global que cubra los 37 países con culturas distintas donde tiene presencia, este sistema está enfocado en un verdadero cumplimiento ético por parte de la empresa mediante una adecuada cultura de cumplimiento, con los ajustes necesarios que requieran cada jurisdicción. Diario El País, artículo: “Repsol tiene un compliance global adaptado a cada país”. 19 de marzo de 2018. Se puede consultar en: https://cincodias-elpais-com.cdn.ampproject.org/c/s/cincodias.elpais.com/cincodias/2018/03/19/legal/1521448853_631457.amp.html.

801 HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. pp. 507-509.

802 GIAVAZZI, Stefania. “The ABC model: The general framework for an anti-bribery compliance program”, en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 112-113. En dicho trabajo se expone el llamado Modelo ABC de *compliance*, encaminado a tener cobertura global.

803 NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 28.

En EEUU la adopción de un modelo de *compliance* eficaz por empresas puede llevar a que el *Department of Justice* renuncie a la imputación o permita la negociación de los *Non-Prosecution Agreements* o *Deferred Prosecution Agreements*, lo que para algunos autores podría llegar a equiparar con una causa de exclusión de la responsabilidad penal⁸⁰⁴, sin embargo, la empresa estará sujeta al pago de una multa. Por otro lado, en caso de que el proceso llegue a juicio y se condene a la persona jurídica, al momento de imponer la pena con observancia de los principios de la *Sentencing Guidelines* un modelo eficaz de *compliance* solo servirá como atenuante y no como eximente completa⁸⁰⁵. Autoridades de otros países también han empezado a utilizar los acuerdos de no persecución o persecución diferida en casos relacionados con responsabilidad penal o administrativa de las personas jurídicas, en países como Alemania, Reino Unido y más recientemente Francia⁸⁰⁶; esto debido a importantes beneficios que representan tanto para las autoridades como para las empresas; por ejemplo, para las autoridades supone un ahorro en el costo económico para realizar todo un procedimiento penal, además de la incertidumbre del resultado, se garantizan importantes ingresos económicos para el Estado, ya que se establecen cuantiosas multas en contra de las empresas, se fortalece la imagen del *compliance* y se lanza un mensaje al resto de empresas para que actúen de forma correcta y adopten modelos de prevención de delitos (prevención general). Mientras que para las empresas también representa un ahorro en el costo económico del procedimiento penal, pero principalmente porque es una forma de controlar el posible daño reputacional ocasionado, ya que la opinión pública ve con mejores ojos un acuerdo con la fiscalía previo a juicio que una sentencia condenatoria después de celebrarse un juicio completo⁸⁰⁷.

Ante esta circunstancia, cabe considerar la viabilidad de su eventual incorporación en la legislación española. Actualmente, tal como se evidenció en el caso del FC Barcelona, únicamente se pueden obtener sentencias de conformidad, lo que implica el reconocimiento de culpabilidad y la emisión

804 BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Artículo: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La eximente de “modelos de prevención de delitos”*. *Fundamentos y bases para una dogmática*. 2016. p. 673; KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 207.

805 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos””. *Fundamentos y bases para una dogmática*”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 674.

806 Blog del autor Nick Kochan, artículo: “Airbus corruption probe”. Londres, Inglaterra. 15 de septiembre de 2017. Se puede consultar en: <http://kochan.co.uk/airbus-corruption-probe/>

807 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 208.

de un fallo condenatorio por parte del juez. Esta situación contrasta con los acuerdos de no enjuiciamiento, los cuales se negocian con la fiscalía y presentan condiciones considerablemente más flexibles.

Los programas de *compliance* puede determinar la eximente para la empresa, pero también puede llegar a catalogarse como elemento para determinar la culpabilidad penal de la persona jurídica⁸⁰⁸, especialmente en los países con modelos de autorresponsabilidad penal empresarial; ya que el programa de *compliance* permite determinar aspectos relativos a la culpabilidad penal de la persona jurídica, como por ejemplo: si el beneficio del delito fue solo para el individuo o para la empresa, el nivel autoridad que ha delegado la persona jurídica en el sujeto, si la conducta del sujeto era conocida, tolerada o ignorada deliberadamente por la empresa y si es posible afirmar que la empresa falló en la prevención del delito⁸⁰⁹. Por otra parte, los programas de *compliance* también serán útiles para determinar la responsabilidad individual, especialmente frente a algunos delitos dolosos y en donde el programa de *compliance* puede ayudar a determinar el riesgo permitido para una acción en concreto⁸¹⁰; asimismo, en el caso de los delitos empresariales imprudentes el *compliance* puede permitir identificar la violación al deber de cuidado determinado⁸¹¹.

El CP prevé atenuantes o eximentes para la responsabilidad penal de la empresa, concretamente los arts. 31 quater y 31 bis inciso 2, regulan los casos en los que podrán ser aplicadas. Respecto a las posibles eximentes, el código exige una serie de características de naturaleza de *compliance* que debieron de haber sido adoptadas de forma *ex ante* a la comisión del delito en la empresa. que permiten a la empresa a quedar exenta de responsabilidad penal o en caso de acreditación parcial una atenuación de la pena. Para algunos autores esas circunstancias son consideradas eximentes completas de la responsabilidad penal de la empresa y por lo tanto deberán ser probadas por la parte imputada, es decir por la empresa⁸¹².

808 GIMENO BEVIÁ, Jordi. "Compliance Programs as Evidence in criminal cases", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 231.

809 Ibidem. p. 233.

810 SIEBER, Ulrich. "Programas de compliance en el Derecho penal de empresa", en ABANTO, M/SALAZAR, N/URQUIZO, J. (coordinadores). *Dogmática penal de Derecho Penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Universidad San Martín de Porres. p. 228.

811 Ibidem. p. 229.

812 GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. 2017. p. 228; y SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. "Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas", en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 635.

Las distintas interpretaciones relativas a las eximentes de responsabilidad penal, en primer lugar, la famosa Circular 1/2016 FGE, de 22 de enero, que intentó establecer una base partiendo de un planteamiento bastante distinto; ya que estableció que la eximente habría de situarse más bien en las proximidades de una excusa absolutoria, vinculada a la punibilidad⁸¹³. Sin embargo, la STS 154/2016, de 29 de febrero, vino a descalificar la afirmación de la Circular, ya que considera que la excusa absolutoria parte de la previa afirmación de la existencia de la responsabilidad cuya punición se excluye, mientras que en criterio del TS la presencia de adecuados mecanismos de control, supervisión y vigilancia en la empresa suponen la inexistencia misma del delito por parte de la empresa. En segundo lugar, la misma STS 154/2016 establece que sí los modelos de organización y gestión cumplen con las exigencias establecidas en los incisos 2 y 5 del art. 31 bis se podría dar lugar a la concurrencia de la eximente de responsabilidad expresamente prevista en el inciso 2 del citado artículo⁸¹⁴. Adicionalmente, la misma sentencia considera que la no concurrencia de esa eximente, es decir, el no cumplimiento de los incisos mencionados conllevaría a la realización del *núcleo típico de la conducta*. A partir, de esa base jurisprudencia, el TS les ha otorgado un valor muy importante a los programas de cumplimiento, ya que pueden valorarse tanto positivamente como negativamente, para establecer la existencia de responsabilidad penal de la empresa y como eximente de la conducta empresarial respectivamente. Tal y como sucedió en el caso de Repsol y Caixabank en el marco del caso Villarejo, en donde el juez determinó que ambas

813 Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado español de 22 de enero. p. 56.

814 Código penal español artículo 31 bis incisos 2 y 5: 2. *Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:* 1.º *el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;* 2.º *la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;* 3.º *los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y* 4.º *no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.º* En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena. 5. Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.º del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos: 1.º *Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.* 2.º *Establecerán 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 con relación a aquéllos.* 3.º *Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.* 4.º *Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.* 5.º *Establecerán un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo.* 6.º *Realizarán 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.*

empresas no tenían responsabilidad por los hechos investigados, al contar con un adecuado programa de *compliance*⁸¹⁵.

En este contexto, resulta imperativo destacar que la carga de la prueba con respecto a la carencia de un control adecuado en la entidad⁸¹⁶ recaerá sobre la acusación. Esto se fundamenta en la concepción de algunos autores, para quienes la falta de control adecuado puede determinar la presencia o ausencia de comportamiento delictivo por parte de la empresa⁸¹⁷. Concretamente existen tres posible escenarios en donde la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad penal, los dos primeros supuestos cuando se estuviese ante delitos cometidos por los representantes legales o las personas con poder de decisión en la empresa, frente a este supuesto se plantean dos inciso (2 y 3), ya sea una empresa mediana o grande (inciso 2) o una empresa pequeña (inciso 3), mientras que el inciso 4 queda reservado para los casos en que el sujeto que cometió el delito es un empleado que debe estar bajo la supervisión, vigilancia y control de los representantes legales o las personas con poder de decisión y que estos a su vez han incumplido con dicha función. Se procederá a analizar los supuestos indicados.

Para poder optar por una eximente, el órgano de administración debe haber adoptado y ejecutado antes del delito un modelo de organización y gestión, que además incorpore medidas de vigilancia y control para prevenir delitos o reducir su riesgo de comisión. Mientras que se exige que el funcionamiento y cumplimiento del modelo de prevención haya sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes independientes de control, o que tenga directamente encomendadas legalmente la función de supervisar la eficiencia de los controles internos de la persona jurídica, es decir un órgano de *compliance* o un oficial de cumplimiento. En el caso de empresas de pequeñas dimensiones, esta tarea podrá ser realizada por el órgano de administración.

Además, se prevé un escenario cuando el delito fue cometido eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y prevención de delitos, es decir, el representante legal con pleno conociendo de la existencia de controles y en muchos casos conociendo a fondo dichos controles,

815 Diario Jurídico. “Repsol y Caixabank, salvados por el compliance”. 15 de agosto de 2021. Se puede consultar en: <https://www.diariojuridico.com/repsol-y-caixabank-salvadas-por-el-compliance/>. (consultado por última vez 11/09/21).

816 STS 154/2016, de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín.

817 CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023. p. 76.

lo ha eludido al propio para poder cometer el delito. Mientras que el tercer escenario se pensó para los casos cuando existen controles suficientes y exigir más inspecciones a la empresa no es viable, es decir cuando no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano de *compliance*. En casos en los que el delito fue cometido por empleados de la empresa (mandos medios, bajos y empleados en general), se requiere que la empresa pruebe que ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión adecuado para prevenir delitos o reducir significativamente el riesgo de comisión. Para este tipo de situaciones es necesario que el programa de *compliance* cumpla con los requisitos indicados en el inciso 5 del art. 31 bis.

Por otro lado, existen una serie de actos realizados *ex post* al delito que el CP cataloga como las verdaderas y únicas circunstancias atenuantes, de art. 31 quater. Concretamente, dicho artículo establece un listado cerrado las cuatro circunstancias que podrán atenuar o eximir la responsabilidad penal de la persona jurídica que tienen el objetivo de la averiguación y reparación de los hechos, la aportación voluntaria de pruebas en cualquier momento del proceso y, por último, haber establecido antes del inicio de juicio oral las medidas necesarias (arrepentimiento espontáneo, colaboración con la investigación, reparación del daño y establecimiento de medidas de prevención futuras, las cuales se procederán a analizar con detenimiento) para prevenir la comisión futura de hechos similares.

Otra atenuante es la confesión o la colaboración (*self disclosure and collaboration*) que son altamente valoradas por las autoridades en distintos ordenamientos en materia de responsabilidad penal de la persona jurídica, el CP español no es la excepción; sin embargo y pese a este gran valor, lo cierto es que ha sido catalogada como atenuante. Sucintamente, la colaboración consta de la autodenuncia o la aportación de pruebas nuevas para la investigación que permitan la averiguación real de los hechos⁸¹⁸. Es aquí en donde el canal de denuncias y las investigaciones internas juegan un papel determinante para que la empresa logre obtener la atenuante; la empresa juega una carrera contra el tiempo, debe “ganarle” a las autoridades en el descubrimiento del delito para poder confesar que ha encontrado un delito en su estructura (*self reporting*)⁸¹⁹.

818 Ibidem. p. 281.

819 Ibidem. pp. 282 y 287.

Muchas son las críticas que ha recibido esta medida *ex post*. En primer lugar, porque atenta contra la presunción de inocencia que debe proteger a toda persona (ya sea física o jurídica) dentro del proceso penal. En segundo lugar, por motivos como los expuestos por GOENA VIVES en su tesis doctoral, que considera que la confesión conlleva declarar “hechos propios” cometidos por la empresa. Sin embargo, la autora, considera que la empresa no puede cometer hechos propios, por lo que el único hecho que puede reconocer la persona jurídica es una organización defectuosa de la empresa⁸²⁰. En virtud de lo anterior, es posible afirmar que la empresa no tiene la obligación de denunciar los hechos delictivos de sus empleados, simplemente que, si lo hace, habrá una atenuante de su posible sanción.

Por otra parte, la reparación del daño causado tiene un claro fundamento de justicia restaurativa y conlleva satisfacer los intereses de la víctima, lo que se traducirá por lo general en una reparación económica. Sin embargo, esa reparación podrá ser de otras características, como reparaciones simbólicas, o trabajos en beneficio de la comunidad utilizados en los EEUU⁸²¹. Este tipo de reparaciones tiene una gran importancia cuando se está en la presencia de un delito contra el mercado o en donde existe pluralidad de víctimas, por ejemplo, en casos de grandes estafas en donde las víctimas pueden llegar a cientos o incluso miles (por lo general esquemas *Ponzi*).

Cabe destacar, que la reparación penal se diferencia de la reparación civil, en que no solo debe satisfacerse el daño causado, sino también debe satisfacer las necesidades preventivas⁸²². Además, esta forma de reparación también suele ser exigida por las autoridades previo a lograr un acuerdo antes de juicio o en España una sentencia por conformidad, tal y como sucedió en el caso del FC Barcelona, en donde el club se vio en la obligación de satisfacer el daño ocasionado a la Hacienda española, lo cual le valió una importante disminución respecto a la multa a imponer⁸²³.

820 Ibidem. pp. 279-280. GOENA VIVES establece que el estado antijurídico de la empresa se representa mediante la organización defectuosa, componente propio de la construcción del modelo de autorresponsabilidad, sin embargo, ella defiende que el modelo utilizado en el código penal español es de heterorresponsabilidad.

821 Ibidem. p. 316.

822 Ibidem. p. 321.

823 Diario Expansión, “El FC Barcelona admite dos delitos fiscales y pagará una multa de 5,5 millones de euros”. 10 de junio de 2016. Se puede consultar en <https://www.expansion.com/economia/2016/06/10/575ab774468a6be4578b4667.html>. (Visto por última vez 15/04/2021).

Como se puede observar, los elementos de *compliance* son indispensables no solo para lograr una eximente sino incluso para lograr una atenuante o incluso como requisito para poder negociar un acuerdo con las autoridades o una sentencia por conformidad. Concretamente para lograr una eximente, resulta necesario haber adoptado de forma previo a la comisión del delito un modelo de prevención de delitos, o para lograr una atenuante lograr acreditar que el modelo de *compliance* es adecuado y fue establecido previo al juicio oral⁸²⁴.

Lo anterior plantea una duda: de si para aplicar la atenuante bastará con que haya sido eficazmente ejecutado o es necesario que el defecto de organización de la empresa haya sido revertido totalmente. Para SILVA SÁNCHEZ únicamente pueden tener efecto eximente aquellos modelos que haya producido un efecto *de reversión del defecto de organización*⁸²⁵, es decir, que se demuestre que la cultura organizacional está orientada por la ética. Además, debe probarse no solo la existencia de un programa de *compliance*, sino que el mismo debe ser valorado de acuerdo con la empresa, su área de actividad, sus riesgos específicos y determinar si el modelo de organización implementado es el idóneo para esa empresa⁸²⁶.

Para lograr cumplir con todos los elementos necesarios para obtener una eximente, se han desarrollado algunas ISO, que, si bien no son garantía absoluta de que la empresa no será condenada, sí son una muy buena guía de los componentes básicos de un programa de *compliance*, por lo que se analizarán a continuación.

4. Las certificaciones en materia de *compliance*

824 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. “Cusas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b, y c).”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. p. 111.

825 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamentos y bases para una dogmática”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. pp. 686 y 687: SILVA SÁNCHEZ plantea el escenario de una empresa que lleva décadas con una incorrecta cultura empresarial y que por más que se implemente eficazmente un modelo de *compliance* serán necesarios varios meses (o incluso años) para revertir completamente la cultura incorrecta que tenía la empresa. Este escenario que plantea SILVA son las empresas donde la corrupción ha sido normalizada es decir que se emplea de forma rutinaria, se le da una justificante dentro de la empresa y además los nuevos empleados son instruidos sobre como cometer prácticas corruptas. Sobre esto: LENNERFORS, Thomas. “Corruption: maximizing, socializing, balancing, and othering”, en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 30.

826 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del código penal”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 41.

Se han desarrollado varias normas ISO que permiten guiar sobre los componentes que deben incluirse en los programas de cumplimiento. Entre estas ISO destacan: 9001, 31022, 31073, 37001, 37301, 37002, 31010 y 19601.

El objetivo de las ISO es guiar en la adopción objetiva de programas de cumplimiento⁸²⁷; Sin embargo, respecto a ese aspecto se debe ser bastante escéptico y crítico especialmente desde el punto de vista procesal, ya que, en primer término, obtener una certificación no garantiza de ninguna forma el sobreseimiento de la persona jurídica, que es el objetivo que la empresa busca en un proceso penal (por eximente) y adicionalmente porque las empresas certificadoras realizan un servicio que es pagado por la empresa que quiere ser certificada, por lo que podría decirse que hay una falta de independencia real del certificador o un conflicto de intereses. Es decir, en algunos casos, podría existir un incumplimiento de aspectos objetivos de valoración para satisfacer al cliente con su encargo. Por otra parte, no puede olvidarse que un adecuado programa de *compliance*, depende esencialmente de quién lo realiza, un profesional con experiencia y conocimientos específicos.

Entre los aspectos positivos de las ISO destaca la necesidad de que las empresas establezcan: sistemas adecuados de delegación de funciones, definición de las funciones de cada empleado, creación de flujos de comunicación plenamente rastreables, obligaciones de supervisión y vigilancia, así como la adecuada formación de los empleados⁸²⁸. Asimismo, las propias empresas han logrado que se expanda el uso de las certificaciones ISO, mediante la adopción de una política de solo contratar o facilitar la contratación con empresas que estén debidamente certificadas.

Dos aspectos concretos que han surgido en el ámbito deportivo profesional español: en primer lugar, el Levante UD fue el primer club de fútbol profesional de España que obtuvo una certificación de su programa de *compliance* y lo ha presentado ante la RFEF⁸²⁹. Mientras que en segundo lugar y de forma bastante opuesta, el Osasuna ha logrado el archivo de la causa penal

827 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 304.

828 NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”. En KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 26.

829 El Levante UD tiene una sección en su página web dedicada a la transparencia: <http://www.levanteutd.com/es/info/transparencia-temp>.

seguida en su contra ya que el juez de instrucción determinó que la entidad contaba con medidas de control idóneas para prevenir el delito. Sin embargo, cabe destacar que el juez llegó a esa conclusión sin entrar siquiera a analizar el modelo de organización al que hace mención el código penal y mucho menos los componentes propios que establecen las certificaciones que se analizaran a continuación⁸³⁰. Además, se deja en evidencia que no todo delito cometido por la cúpula empresarial será suficiente para que responda penalmente la empresa⁸³¹.

Las certificaciones en la experiencia comparada tampoco han sido sinónimo de eximentes o atenuantes, por ejemplo la legislación italiana no establece de forma expresa los requisitos de los programas por lo que deberá analizarse cada caso concreto; mientras que en Chile si bien las certificaciones en materia de *compliance* tienen muy buena reputación entre las empresas, en la práctica la última palabra siempre la tendrá el juez que analizara cada caso concreto y revisará nuevamente el programa de *compliance*⁸³².

La UNE ISO 19601, de 18 de mayo de 2017, sobre sistemas de gestión de *compliance* penal y los requisitos, establece que un sistema de gestión de cumplimiento penal es un conjunto de elementos interrelacionados dentro de una organización que interactúan para medir y definir el nivel de logro de objetivos y el cumplimiento de medios internos, tales como procesos de control, políticas, procedimientos entre otros.

Cabe destacar que la norma indica cómo deben establecerse los objetivos del programa de *compliance*: deben ser coherentes con las políticas empresariales y de buen gobierno corporativo, ser medibles y, por lo tanto, estar sujetos a seguimiento. También se deben considerar los requisitos necesarios para lograrlos, comunicarse adecuadamente y actualizarse o modificarse según sea necesario⁸³³. La UNE 19601 reconoce la imposibilidad de eliminar por completo todos los riesgos penales, por lo que se debe prestar especial atención a la evaluación de estos riesgos, considerando

830 Auto del Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona de 11 de enero de 2016, ponente Fermín Otamendi Zozaya. Sobre dicho auto: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 155-163. GÓMEZ-JARA hace expresa referencia a que no se toma en cuenta el modelo de organización ni con los sistemas de gestión de *compliance* ISO 19600. Sobre esto ultimo p. 159.

831 GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. 2017. p. 57.

832 Sobre los casos italiano y chilenos ver a: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2014. pp. 292-297.

833 Apartado 6.3 de la ISO 19601.

el porcentaje de riesgo que la entidad está dispuesta a aceptar. En caso de que el riesgo supere este porcentaje aceptado, se deberán implementar nuevos mecanismos de control para reducirlo a los márgenes aceptables.

Los factores que deben ser tomados en consideración a la hora del análisis de riesgos, aspectos propios de la empresa como: el tamaño y la estructura de la organización, los segmentos de mercado en los que actúa, el tipo de operaciones que lleva a cabo, complejidad de estas, las entidades que controla o las obligaciones contraídas de naturaleza legal o contractual, entre otras⁸³⁴. La UNE 19601 establece que el *compliance* debe hacer mención expresa sobre las partes relevantes a efectos de implementar el programa, así como a la estructura de la organización, las funciones y las responsabilidades de sus miembros, la planificación de las distintas acciones desarrolladas⁸³⁵. Asimismo, establece una serie de obligaciones a la empresa, entre las que destacan: 1. Identificar, analizar y evaluar los riesgos penales; 2. Disponer de recursos financieros, adecuados y suficientes para conseguir los objetivos del programa de *compliance*⁸³⁶; 3. Usar procedimientos para la puesta en conocimiento de las conductas potencialmente delictivas (canales de denuncia); 4. Adoptar acciones disciplinarias; 5. Supervisión del sistema por parte del órgano de cumplimiento; y 6. Creación de una cultura ética en la que se tomen en consideración los aspectos contenidos en el *compliance* (en el código ético) la cual debe ir de la mano de la transparencia.

Otro aspecto por destacar de la UNE 19601 es que establece las obligaciones para el órgano de gobierno y la alta dirección en materia de *compliance* penal. En ese sentido se establecen los siguientes compromisos para el órgano de gobierno: la necesidad de promoción de la cultura de cumplimiento en la organización, adoptar, implementar y mejorar el programa de cumplimiento, establecer y dotar al órgano de cumplimiento de los medios materiales, humanos y económicos adecuados para realizar su función, aprobar las políticas empresariales. Mientras que para la alta dirección establece las siguientes obligaciones: garantizar la implementación del programa de cumplimiento, garantizar que las exigencias o recomendaciones establecidas en el mapa de riesgos se incorporen a los procesos desarrollados por la empresa, garantizar los recursos para ejecución

834 Apartado 4.1 de la ISO 19601.

835 Apartado 4.2 de la ISO 19601.

836 En Estados Unidos de América las autoridades analizan el monto económico invertido por las empresas en *compliance* como parte del análisis de idoneidad del modelo implementado.

de las políticas de *compliance*, cumplir y hacer cumplir las políticas empresariales, impulsar la mejora continua en materia de prevención y detección de riesgos, garantizar que no existirá ningún tipo de represalia contra cualquier persona relacionada con la entidad que haya denunciado de buena fe violaciones del código de conducta o cualquier norma de la empresa o el código penal⁸³⁷.

La ISO también destaca la importancia de que la empresa documente su *compliance*, especialmente mediante registros de: las investigaciones internas realizadas y denuncias recibidas⁸³⁸, las políticas establecidas, el análisis de riesgos realizado⁸³⁹, para esto es adecuado implementar sistemas de gestión informático de *compliance* que en ningún caso pueden sustituir el establecimiento de un programa documentado en físico, es decir únicamente un sistema de gestión de la información para utilizarse una vez haya sido implementado el programa de *compliance* en la empresa.

La UNE 19601 es certificable e incluso muchas entidades en España han empezado a exigir su uso para contratar (administraciones públicas), por ejemplo, desde 2018 La Liga de Fútbol Profesional estableció la exigencia de dicha certificación a los clubes como requisito de inscripción para poder jugar la Liga⁸⁴⁰. Sin embargo y pese a esta expansión en la certificación, las mismas no suponen ninguna garantía ante los tribunales, es decir, no garantiza la eximente ni atenuante, pero sí que ayuda como elemento de prueba para probar la cultura ética y además de guía para establecer los programas de *compliance*.

Por su parte la UNE 31000, de julio de 2010, sobre gestión del riesgo es una herramienta que guía a la hora de realizar la labor de *risk assessments*, concretamente establece los siguientes pasos para el tratamiento del riesgo: 1. Establecer el contexto de la organización, incluyendo aspectos como contexto estratégico el contexto organizacional, el contexto de gestión de riesgo, contexto de la estructura; 2. Identificación del riesgo y de qué y cómo puede llegar a suceder ; 3. Análisis de riesgos: mediante la determinación de los controles existentes lo cual permite determinar la

837 Apartado 5.1.3 de la ISO 19601.

838 Cabe destacar la importancia de que los registros de la empresa en *compliance* cumpla con la normativa de protección de datos especialmente en lo referente a borrar los registros relacionados con las denuncias presentadas.

839 Apartado 7.6 de la ISO 19601.

840 Diario El País, “La Liga exigirá a los clubes que certifiquen sus sistemas de compliance”. 20 de septiembre de 2018. Se puede consultar en:

https://cincodias.elpais.com/cincodias/2018/09/18/legal/1537260357_676853.amp.html?fbclid=IwAR0KNGt5iZktJAH-x9HVVXkuifRdJht9hZrvGGPmCO77kjSFlxLWR1CDRIq4.

probabilidad y las consecuencias; 4. Evaluación del riesgo; y 5. Decidir si la entidad acepta o no el riesgo, en caso de que no se acepte deberá de tratarse el riesgo mediante la identificación, evaluación, selección, preparación e implementación de los tratamientos de riesgos⁸⁴¹, recordando que el riesgo residual nunca será igual a cero.

La UNE 31000 hace énfasis en que para lograr una adecuada gestión del riesgo resulta necesario una adecuada comprensión de la organización y el entorno en el que se desenvuelve, es decir es vital contar con información adecuada y real para lograr una gestión adecuada del riesgo; lo anterior es muy importante ya que la entidad deberá brindar información de cara a la elaboración del programa de *compliance*, y solo si esa información es la adecuada y real el programa de cumplimiento podrá desarrollarse de forma adecuada.

Ahora bien, la UNE 31010, de mayo de 2011, sobre gestión del riesgo y técnicas de apreciación del riesgo parte de la base que toda actividad empresarial implican un riesgo; la empresa debe realizar una adecuada apreciación del riesgo; ante esto, resulta importante que la empresa conozca su ámbito de actividad y los riesgos derivados de sus actividades, además de darle un tratamiento adecuado a dicho riesgo. Asimismo, la UNE 31010 señala la importancia de tomar en cuenta el contexto tanto externo como interno en los que la empresa desarrolla su actividad; para los factores externos es necesario tomar en cuenta factores extra empresariales como lo son: aspectos políticos, económicos, legales, el entorno competitivo, entre otros. Todos elementos que pueden influir en los riesgos de la empresa. Mientras que, para apreciar el contexto interno la ISO recomienda distintos métodos de identificación: lluvia de ideas, entrevistas, método Delphi, lista de comprobación y análisis de escenarios. A continuación, se explicará cada una de estas metodologías:

- La lluvia de ideas es una actividad grupal mediante la que se recolecta una gran cantidad de información para situaciones concretas, se recomienda utilizar para casos de emergencia y en que el acceso a la información es muy complicado ya que arrojará datos subjetivos. Las entrevistas deben ser realizada a los directores de área o de departamento para conocer

841 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Óscar. “Gestión del riesgo de compliance y su control “, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. Artículo:. 2017. p. 239.

su percepción de la situación de su área de trabajo y los riesgos a los que creen que están sujetos en su práctica, nuevamente arroja datos subjetivos de lo que opina cada empleado o director de área.

- El Método Delphi es similar a una lluvia de ideas, pero se trata de llegar a un punto de consenso, nuevamente arroja datos subjetivos ya que uno de los participantes puede afectar las opiniones de los demás sin necesariamente ser la más correcta.
- Las Listas de comprobación: se debe utilizar cuando se cuenta con datos históricos y tiene como objetivo que no se omita ninguno de los temas más comunes de analizar en el ámbito en el que la empresa desarrolla su actividad.
- El análisis de escenarios: es un análisis a futuro en donde se toman en cuenta los riesgos presentes y como se espera que evolucionen.

Se recomienda emplear una variedad de métodos para elaborar un esquema exhaustivo de riesgos, incorporando evaluaciones objetivas y subjetivas de las posibles amenazas. Esto permitirá comprender el alcance de los riesgos tolerables para la organización y definir las estrategias para abordar los riesgos inaceptables. Además, es esencial valorar los posibles impactos o consecuencias en caso de materialización del riesgo. Para facilitar esta explicación, la norma ISO sugiere la elaboración de una matriz de criterios de probabilidad, donde se clasifiquen las consecuencias y la probabilidad de ocurrencia de riesgos penales en la empresa, utilizando un sistema de niveles con códigos de colores.

La ISO 37001 se centra exclusivamente en la gestión de sistemas antisoborno, es decir estamos ante el análisis de un mecanismo de prevención del cohecho público y entre particulares⁸⁴². Para esto debe revisarse el programa de *compliance* de forma completa, pero desde la perspectiva específica de prevención de la corrupción incluidos: el análisis de este riesgo específico, la existencia y puesta en práctica de la política antisoborno, comprobación de que los roles empresariales estén bien definidos y sean acordes a la realidad práctica de la empresa entre otros⁸⁴³.

⁸⁴² Los ordenamientos penales castigan la corrupción pública mediante diversos tipos y no exclusivamente el soborno que comprende el pago de una dádiva.

⁸⁴³ BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Auditoría de sistema de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp.118-130.

Como se indicó anteriormente, la ISO 37001 parte de un concepto amplio de soborno, ya que incluye tanto el cometido en el sector público como privado, soborno por parte de la organización o personal de la misma, por parte de socios comerciales, sobornos a la organización, soborno directo o indirecto, entre otros. Pero especialmente centra su atención en la corrupción pública. Además, establece los requisitos y recomendaciones para prevenir detectar y responder a los delitos de soborno dentro de la entidad⁸⁴⁴. Algunas de esas medidas son: realización de procesos de debida diligencia, establecimiento de controles financieros, establecimiento de controles no financieros, procedimientos para prevenir la oferta, aceptación, entrega u ofrecimiento de atenciones no justificadas (regalos, donaciones, patrocinio), mecanismos de denuncia e investigación de posibles casos de soborno⁸⁴⁵.

La ISO 37001, al igual que las demás normas de certificación citadas anteriormente, ofrece los parámetros básicos con los que deben contar los programas de *compliance* de las entidades. Por desgracia no existe ninguna certificación específica en materia anticorrupción para un sector económico determinado, lo cual sería bastante interesante, especialmente en un sector con características tan especiales como el ámbito deportivo profesional. Como se puede apreciar, las normas ISO en materia de *compliance* otorgan una base de metodología y componentes para diseñar e implementar adecuadamente un programa de cumplimiento en las empresas.

5. Eficacia de los programas de *compliance*: la experiencia judicial tras los grandes escándalos

Como último componente del presente capítulo no puede omitirse hacer referencia a los dos casos más importantes en materia de corrupción y que sin lugar a duda han marcado el camino para determinar cuándo se está ante un adecuado modelo de *compliance* y cuando no. De esa forma se analizarán los denominados casos Enron y Siemens y sus principales enseñanzas.

844 FERNÁNDEZ, MARTA. “Nuevas normas internacionales en compliance”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel. (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 228.

845 Ibidem. p. 229.

Caso Enron / Arthur Andersen. Este famoso caso marcado por la estrecha relación entre la compañía de petróleo Enron y la firma de consultoría Arthur Andersen. Esta relación se inició en 1985, y en sus mejores años supuso el pago de hasta cincuenta y dos millones de dólares americanos en honorarios por parte de Enron a Andersen. La relación llegó a ser tan estrecha que era bastante común el traslado de empleados entre ambas empresas⁸⁴⁶. El escándalo tiene su origen cuando se determinó que Andersen escondió la realidad financiera de Enron para que esta pudiera aparentar una importante solidez económica cuando realmente había adquirido importantes deudas; esto lo lograron por medio de un complejo sistema de sociedades controladas por los ejecutivos de Enron (cerca de 3000 sociedades), en donde se escondían las deudas de la empresa⁸⁴⁷. Un año antes del escándalo Enron, Andersen ya había tenido importantes problemas legales, e incluso llegó a pagar 227 millones de dólares para evitar ir a juicio por no haber detectado un esquema *Ponzi* de estafa, además de otras dos importantes demandas por un total de casi 120 millones de dólares⁸⁴⁸.

Cuando la investigación del gran escándalo ya había sido iniciada por parte de las autoridades, los socios de Andersen dieron la orden de destruir miles de documentos y cerca de treinta mil correos electrónicos, lo cual fue considerado por las autoridades como un delito de *obstruction of Justice*, pero que eventualmente la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos dijo que podía ser parte de una destrucción rutinaria. Concretamente en el juicio el jurado encontró culpable a la empresa, pero indicando que las instrucciones del juez para llegar a un veredicto habían sido a favor del criterio de la fiscalía y en llegar a un veredicto de culpabilidad; Andersen fue multada con medio millón de dólares y cinco años de *probation* lo cual no le permitía seguir ejerciendo su función de auditoría pública, una de sus principales áreas de negocios⁸⁴⁹. Finalmente, la Corte Suprema de Justicia revocó la condena, pero ya el daño estaba hecho, la pena de “banquillo” fue severa y Arthur Andersen había prácticamente desaparecido⁸⁵⁰. Además, Jeffrey Keith, quien fuese el CEO de Enron durante el escándalo, fue condenado a 14 años de prisión al ser hallado culpable de los

846 GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016. p. 65-66.

847 Ibidem.

848 Ibidem.

849 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 46.

850 El caso de la empresa Andersen está también relacionado con el caso de la empresa WorldCom, la cual había estado “maquillando” la contabilidad (*cooking the books*) y Andersen que era su empresa auditora, nunca reportó ningún problema con la contabilidad. Sobre esto: LAUFER, William. “Ilusões de compliance e governança”, en Saad-Diniz, E/Podboi, P/Oliveira, J. *Tendências em governança corporativa e compliance*. Ed. Liber Ars. pp. 20-21.

delitos de *conspiracy*, *insider trading*, *making false statements to auditors* y *securities fraud*, en total veintiún empleados de Enron fueron condenados o aceptaron sentencias por conformidad⁸⁵¹.

Concretamente en materia de *compliance* el caso Arthur Andersen ofrece varias enseñanzas: en primer lugar, estableció la importancia que debía prestársele a los canales de denuncia, esto debido a que varios *whistleblowers* alertaron sobre la situación que estaba ocurriendo⁸⁵², pero sus denuncias no fueron tomadas en cuenta debido al poco papel que habían tenido hasta ese momento los canales de denuncia. En segundo lugar, este caso estableció que no es suficiente con aparentar cumplir con la ética y contratar a importantes personas para ocupar los puestos de *compliance*, si no que el programa debe ser verdaderamente implementando y puesto en práctica día a día⁸⁵³, algo que algunos expertos han advertido que está sucediendo en la FIFA (*cosmetic compliance*)⁸⁵⁴. En tercer lugar, el caso marcó un importante precedente respecto a la importancia de políticas de destrucción y preservación de documentos, en cuarto lugar, estableció la importancia de que las empresas cuenten con guías para el manejo de crisis y comprender que es mejor colaborar con la justicia a resistirse y luchar. En quinto lugar, es un claro ejemplo de la necesidad de que las empresas cuenten adecuadas prácticas contables, en el caso de empresas norteamericanas o con actividad económica en Estados Unidos, que sigan lo dispuesto por la SEC. En sexto lugar estableció la importancia de la responsabilidad económica que tienen las consultoras de auditoría en el buen funcionamiento de las empresas y de la economía en general, además de que las empresas no deben contratar a las firmas auditoras también como consultoras, e incluso debería de rotarse cada cierto tiempo la firma auditora a utilizar por parte de la empresa. Como séptimo punto, el caso marcó la importancia de vigilar y establecer controles a la alta dirección de las empresas, ya que en este caso los directivos fueron los culpables de los problemas financieros de la entidad; además de establecer controles financieros en general para las empresas. En octavo lugar, posterior al escándalo, el Senado de Estados Unidos aprobó la *Sarbanes Oxley Act*, normativa que fue previamente analizada.

851 Canal CNN, “Enron fast facts”. De 23 de abril de 2018. Se puede consultar en: <https://edition.cnn.com/2013/07/02/us/enron-fast-facts/index.html>.

852 MARTIN KOHN, Stephen. *The whistleblower's handbook*. Ed. Lyons Press. 2011. p. XI (introduction).

853 VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022. p. XI.

854 Entrevista realizada al prof. Dr. h.c MARK PIETH, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA -2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza.

Caso Siemens: En noviembre de 2006 las autoridades alemanas allanaron las oficinas de Siemens en Múnich y arrestaron a varios altos ejecutivos de la empresa; en ese momento salió a la luz pública que la empresa alemana Siemens había realizado sobornos durante tres décadas y que los mismos habían sido realizados de forma sistemática desde los años 90⁸⁵⁵. Este caso es uno de los casos de corrupción pública y privada más importantes que desencadenó en procesos judiciales para la empresa en varios países, entre ellos Estados Unidos, Alemania e Italia, siendo que la empresa recibió multas por un total de 1.7 billones de dólares⁸⁵⁶, los supuestos pagos en sobornos eran de más de \$1.4 billones⁸⁵⁷.

Siemens fue denunciado por otras empresas alegando competencia desleal y corrupción pública en los siguientes países: Argentina, Bangladesh, China, Francia, Iraq, Israel, México, Rusia, Turquía y Venezuela⁸⁵⁸. Lo anterior tuvo como consecuencia que las autoridades alemanas iniciaran investigaciones inmediatamente posteriores a esto y previendo un proceso judicial en Estados Unidos por aplicación de la FCPA. Por su parte, Siemens inició un proceso de investigaciones internas a nivel internacional, que abarcó oficinas en 191 países y a 400.000 empleados⁸⁵⁹, esta labor fue encomendada a un equipo privado especializado en investigaciones internas que fungió como una especie de fiscal a nivel mundial, labor que hubiese sido casi imposible de realizar por parte de un verdadero fiscal (o equipo de fiscales) y mucho menos con la rapidez y eficiencia que fue conducida la investigación de Siemens⁸⁶⁰. Una investigación de carácter penal hubiese necesitado de años para solicitar ayuda a otras jurisdicciones y no todas hubiesen sido practicadas de la misma forma lo que hubiese podido desencadenar en nulidades procesales. Adicionalmente, al finalizar la investigación interna, el nuevo presidente de Siemens, Peter Loscher, anunció una

855 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 467; ASSLANDER, Michael. "Corruption in the IT Branch. The example of Siemens", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 217.

856 Se puede consultar la lista en FCPA Blog dirigido por profesionales en la materia de *compliance*: <http://www.fcpablog.com/blog/2017/4/14/doj-reduces-odebrecht-penalties-we-revise-the-top-ten-list.html>; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 467. De los 1.7 billones \$850 millones fueron para las autoridades alemanas, \$450 millones para el Departamento de Justicia norteamericano y \$100 millones para el banco mundial.

857 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. pp. 155-156.

858 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 466.

859 Ibidem. p. 271. El proceso de investigaciones internas le costó más de un billón de dólares a Siemens.

860 NIETO MARTIN, Adán. "Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal", en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed.es Edisofer e IB de F. 2016. p. 24.

amnistía de un mes para todos los empleados que denunciaran por medio del canal de denuncias de la empresa, prácticas corruptas durante su experiencia profesional en la empresa⁸⁶¹.

Producto de las investigaciones internas y de las denuncias de los empleados, se determinó que la empresa Siemens contaba con un sistema operativo encaminado al pago de sobornos en todo el mundo para la obtención de contratos públicos y privados. Durante la investigación se destapó un sistema de “cajas negras” (o cajas “B” domiciliadas en paraísos fiscales) que no constaban en la contabilidad y destinadas al pago de los sobornos por medio de consultores. Para mover toda esta operativa, Siemens contaba con un grupo selecto de empleados que colaboraba directamente con la dirección de la empresa⁸⁶². Los pagos se realizaban de diversas formas llegando incluso algunos empleados a transportar grandes cantidades de dinero entre países, pasando por fronteras internacionales. Todo esto reflejaba una cultura corporativa en la que el soborno no solo era tolerado, sino que era hasta recompensado por la cúpula directiva⁸⁶³. Es posible afirmar que la normalización de la corrupción de la empresa había completado tres etapas: 1. El primer acto corrupto contrario a la ley; 2. Los actos corruptos se multiplican y se empieza a convertir en algo normal y aprendido por la empresa (de acuerdo con la teoría de los sistemas autopoieticos); 3. La corrupción se convierte en parte de la cultura de empresarial y en algo normal que la empresa realiza y promueve⁸⁶⁴.

Paradójicamente, tan solo un año antes del escándalo, Siemens había sido reconocida como una empresa ejemplar por sus estándares éticos y sus programas de anticorrupción por *Ethical Investment Research Service*⁸⁶⁵, una empresa encargada de evaluar a las empresas para que los inversores tengan información de las entidades en las que van a invertir⁸⁶⁶. Algo muy similar a lo

861 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la Corrupción Privada. Límites y Eficacia de los Compliance”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edfisofer SL e IB de F. 2014. p. 190.

862 KUHLEN, Lothar. “Compliance y Derecho penal en Alemania”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edfisofer SL e IB de F. 2014. p. 94.

863 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 156.

864 Sobre las tres etapas en la normalización de la corrupción en las empresas: TARO LENNERFORS, Thomas. “Corruption: maximizing, socializing, balancing, and othering”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 30.

865 ASSLANDER, Michael. “Corruption in the IT Branch. The example of Siemens”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 216.

866 <https://www.bloomberg.com/research/stocks/private/snapshot.asp?privcapId=106853383>

que había sucedido con Andersen, es decir el programa de cumplimiento de Siemens previo al escándalo puede citarse como un ejemplo de un *comestic compliance*.

Respecto a las sanciones impuestas por las autoridades: A nivel de Estados Unidos, el DOJ impuso una multa de \$800 millones a Siemens; sin embargo y pese a lo elevado de la multa y lo claro que estaba para las autoridades que la empresa había sobornado de forma sistemática como parte de una cultura empresarial, la empresa alemana fue acusada únicamente de violar las disposiciones de contabilidad, registro y de control interno (*FCPA's books, records and internal controls provisions*) y no fue acusada por violaciones a las disposiciones de la FCPA anti soborno (*FCPA anti-bribery provisions*)⁸⁶⁷. Lo anterior fue producto de una importante negociación entre los abogados defensores de la empresa con las autoridades; motivada principalmente con el argumento de que una acusación por delitos de soborno supondría una prohibición para que la empresa pudiese contratar con entidades públicas, siendo que la contratación pública es uno de sus principales nichos de mercado de la empresa, y por lo tanto podía afectar gravemente la viabilidad económica de la empresa y miles de puesto de trabajo en todo el mundo⁸⁶⁸.

Las autoridades norteamericanas consideraron que la revelación de información por parte de Siemens (*disclosure*) se dio después de que las autoridades alemanas habían registrado las oficinas del grupo, por lo que no fue valorado como colaboración con la justicia⁸⁶⁹. Sin embargo, las autoridades estadounidenses indicaron que Siemens sí implementó una serie de medidas post delictivas, entre ellas: 1. Despedir a los altos directivos implicados en los casos de sobornos y contratar a nuevos⁸⁷⁰; 2. Reestructuración de la empresa para hacerla más adecuada y controlada desde el punto de vista *compliance* así como la creación de nuevos puestos de trabajo de alta dirección enfocados en anticorrupción; 3. Reorganización del departamento de auditoría; 4. Requerir a los 450 miembros del departamento de auditoría que volvieran a aplicar de nuevo a su puesto laboral; 5. Establecer nuevos controles a todos los niveles de la empresa, mediante la

867 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 197.

868 Ibidem.

869 Ibidem. p. 173.

870 Despedir a altos ejecutivos es una maniobra habitual por parte de las grandes empresas cuando se dan casos de corrupción por ejemplo General Electric despidió a 18 empleados de alto rango por el caso de venta de motores de *jets* a la fuerza aérea de Israel, aun cuando la mayoría de alto rangos no tenían noción de lo que había pasado. "Simplemente" es una forma de proteger a la empresa, lo anterior no deja de ser bastante cuestionable, sobre este caso: HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 223; KUHLEN, Lothar. "Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal", En KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 59.

adopción de una nueva política anti sobornos, mecanismos de *due diligence*, un canal de denuncias confidencial y un nuevo sistema sancionatorio interno; 6. Diseño e implementación un nuevo programa de cumplimiento para las 152 empresas que componen el grupo Siemens, con importantes controles de auditoría, lo cual significó un gasto de \$150 millones para Siemens; 7. Suspender todo tipo de pagos a consultores externo para realizar negocios futuros hasta que se hayan implementado las nuevas medidas de control y estos pagos pasarán el control de debida diligencia⁸⁷¹.

El caso llegó a varias jurisdicciones además de Alemania y Estados Unidos, por ejemplo vale la pena destacar el análisis de las autoridades italianas, quienes consideraron que el programa de *compliance* existente en Siemens no reunía los elementos mínimos como para poder fundamentar una atenuante y menos como eximente para la empresa, ya que el programa había fallado en los siguientes puntos: en la cadena de distribución de la empresa siempre participaba una tercera parte que pagaba los sobornos y que no había previsto. un medio de control, reincidencia en pagos de sobornos, la existencia de fondos destinados al pago de sobornos (cajas “B” en paraísos fiscales), la alta posición que ostentaban en la empresa las personas físicas que cometieron el hecho delictivo, la no modificación del programa una vez detectadas las conductas delictivas, la no imposición de sanciones disciplinarias a los autores de los hechos delictivos, la no contabilidad del dinero utilizado para los pagos de sobornos⁸⁷².

Cabe destacar que Siemens no ha sido el único caso de empresa alemana acusada de corrupción, también destacan otros importantes casos de empresas como: Deutsche Bank, Deutsche Telekom, MAN, Ferrostaal-AG, que conllevaron multas para las empresas de entre 95 y 554 millones de dólares⁸⁷³. Todos estos importantes casos desencadenaron un importante desarrollo de los programas de *compliance* en Alemania. Sin embargo, tal y como se mencionó en el apartado de

871 Sobre todo, lo anterior: TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 272-273 y 468-469; ASSLANDER, Michael. “Corruption in the IT Branch. The example of Siemens”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. pp. 223-226; FAN, V-Tsien. “An analysis of institutional guidance and case law in the USA pertaining to compliance program”, en CENTONZE, F. FORTI, G. MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 387.

872 Sobre esto: MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. pp. 218-219; BOLEA BARDÓN, Carolina. “Deberes del administrador y prácticas de “Kick-Back”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. es Edisofer e IB de F. 2016. pp 311-312.

873 KUHLEN, Lothar. “Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 61.

análisis de Alemania, se han dado otros casos de corrupción importante, como el famoso *Diesel Gate*, que sí bien no obedece a corrupción pública, si es un ejemplo de delitos contra el mercado, los consumidores y el medioambiente, conducta incluida en la concepción moderna de lo que debe considerarse corrupción.

Los dos casos analizados demuestran la relevancia de los programas de *compliance* en la defensa judicial de una empresa y como medida reactiva frente a la corrupción. También dejan en evidencia que no siempre contar con un programa de cumplimiento que aparentaba ser robusto, significa una garantía para que no sucedan hechos de corrupción. Por último, el daño reputacional en ambos casos fue bastante significativo y afectó a distintos niveles a las empresas, en el caso de Anderson supuso su desaparición.

6. Test de eficacia de Adán Nieto sobre el programa de *compliance*

Como último punto del presente capítulo, vale la pena hacer mención el test de eficacia del programa de *compliance*, propuesto por NIETO MARTÍN. El análisis establece que, a la hora de comisión de un hecho delictivo por parte de la empresa, las autoridades deberán evaluar una serie de aspectos, para comprobar si el programa de *compliance* era realmente idóneo o no, estos van más allá de lo establecido por la propia norma y tomar en consideración incluso elementos extrapenales⁸⁷⁴. El test de eficacia resulta importante ya que establece una serie de elementos que permiten rápidamente al juez o fiscal de forma sistemática identificar si el sistema es adecuado o no.

- I. Debe responderse si el riesgo de la empresa era previsible o no, para lo cual es necesario examinar el mapa de riesgos de la empresa y la lectura del riesgo en concreto.
- II. Debe revisarse la eficacia de los controles transversales establecidos por la empresa y especialmente financieros, además de los demás componentes del programa de cumplimiento como por ejemplo la existencia y la puesta en práctica de: el canal de denuncias, programa de

⁸⁷⁴ Sobre esto: CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023. p. 274; quien cita a NIETO MARTÍN y comparte el punto de vista de ese autor.

capacitación y formación, el manejo investigaciones internas y el sistema sancionatorio, esto con el objetivo para determinar la cultura de la legalidad de la empresa por medio de ítems.

- III. Debe analizarse el comportamiento post delictivo que haya tenido la empresa con las autoridades (auto denuncia, colaboración, identificación de la persona física que cometió el delito). Eficacia de los controles puntuales respecto al riesgo o delito en concreto: si existían controles, si los mismos eran adecuados, si los controles se ponían en práctica, cómo se ponían en práctica y si es posible identificar un fallo de diseño, implementación y/o ejecución de los controles⁸⁷⁵.

El análisis de estos aspectos puede ayudar a las autoridades, especialmente a los jueces, a determinar cuándo la empresa implementó un adecuado programa de *compliance* y cuándo no. Sin embargo, la metodología establecida por NIETO MARTIN solo funcionará si las autoridades cuentan con formación y experiencia en programas de *compliance*, que les permita conocer con profundidad el contenido adecuado.

Conclusiones parciales

La normativa en materia de *compliance*, tanto la hard law como la soft law, es sumamente amplia y debe ser comprendida por quienes se dediquen al cumplimiento normativo. El estudio del derecho comparado es esencial para entender los componentes de un programa de cumplimiento en el ámbito del deporte profesional, así como en cualquier tipo de empresa. Aunque los elementos esenciales de un programa de *compliance* serán similares en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, la experiencia procesal y los casos prácticos en otros países pueden servir como guía para que otras naciones implementen normativas adecuadas y para que las autoridades dispongan de ejemplos sobre cómo proceder judicialmente. No obstante, la formación y especialización de los distintos operadores jurídicos, especialmente jueces y fiscales, es fundamental para asegurar una aplicación correcta y efectiva.

⁸⁷⁵ Los componentes indicados anteriormente fueron desarrollados el día de 21 de enero de 2019 en la sesión 16 del Postgrado en Derecho penal Económico y Teoría del Delito, Universidad Castilla – La Mancha, Toledo. Sesión titulada: “Gobierno corporativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo”. Dictada por el Prof. NIETO MARTÍN.

CAPÍTULO V. CORRUPCIÓN EN EL ÁMBITO DEPORTIVO PROFESIONAL

1. Concepto de deporte

Para una comprensión más profunda del ámbito deportivo profesional, es crucial analizar su concepto, evolución y los elementos que lo integran. De este modo, se logrará un entendimiento específico del sector, facilitando el análisis de la responsabilidad penal de la persona jurídica y el cumplimiento normativo en el deporte profesional.

Para comprender el ámbito del deporte profesional, es fundamental analizar el significado de "deporte", ya que este término resulta ajeno y extraño para el Derecho penal e incluso para el Derecho en general, con excepción del Derecho deportivo. El deporte se define como una competición física entre dos o más personas o equipos que buscan la victoria en un juego determinado. En algunos casos, los deportistas pueden estar asistidos por máquinas, como en la Fórmula 1 o el MotoGP, e incluso en los e-sports con consolas de videojuegos. Asimismo, pueden utilizar herramientas, como la espada o el sable en la esgrima, el palo en el hockey, o la raqueta en el tenis, o contar con la participación de animales, como los caballos en la equitación.⁸⁷⁶ Algunos autores han establecido que para considerarse una actividad como deporte se requieren cuatro requisitos básicos: 1. una competencia; 2. competidores (deportistas); 3. reglas que regulen la competencia; y 4. un árbitro. Por lo tanto y tomando como base estos cuatro componentes se puede definir al deporte como: *toda actividad de contenido físico que se practica individual o colectivamente, libre y voluntariamente, conforme a reglas predeterminadas y en un marco competitivo, sea con ánimo lucrativo, competitivo, lúdico o de mejora de la salud*⁸⁷⁷.

Ahora bien, vale la pena analizar brevemente cada uno de los cuatro componentes mencionados anteriormente: 1. La competencia hace referencia al verbo contender que es lidiar, batallar o pelear

876 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 102.

877 Elementos dados por Javier Rodríguez Ten, citado en: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 15. El autor indica el siguiente ejemplo: *Pero para hablar de deporte como concepto amplio no hay que pensar en una gran competición con gran cantidad de reglas, ya que deporte puede ser algo tan simple como por ejemplo, dos niños que deciden hacer una carrera en la que ambos saldrán corriendo al mismo momento y ganará el primero en llegar a un árbol que se encuentra cercano; Si se analiza con detalle por simple que parezca la competencia de ambos niños, esta tiene varios elementos importantes: un objetivo (competencia), dos competidores y reglas que la regulan, e incluso que pueden llegar a generar discusión entre ambos niños, como en el caso que uno acuse al otro de haber salido antes de tiempo, para esto los niños pueden nombrar a un adulto para que funja como árbitro durante la competencia. De este simple ejemplo de una carrera entre niños, podemos obtener.*

por algo⁸⁷⁸, en el ámbito deportivo será “competir” deportivamente con tal de ganar y así lograr un reconocimiento deportivo e incluso premios económicos a nivel profesional; 2. Los competidores serán los sujetos que participen en la competición enfrentándose entre sí, ya sea de forma individual o en equipos, sea los deportistas; 3. El árbitro es aquel sujeto imparcial y preparado para aplicar las reglas del juego previamente establecidas, es decir, una especie de juez de juego; 4. Respecto a las reglas en el deporte, la doctrina ha diferenciado entre las regulativas y las constitutivas. Las constitutivas son aquellas que delimitan el deporte, es decir, aquellas sin las cuales el deporte no existiría, por ejemplo, que la cancha de fútbol tiene que ser un rectángulo, que deben jugar 11 jugadores por equipo y que los puntos serán mediante goles. Mientras que las reglas regulativas son aquellas que cuando no se cumplen no se afecta la naturaleza misma del juego, por ejemplo, cuando un jugador se pasa de lado de cancha y choca con un jugador contrario al intentar salvar un balón en un partido de voleibol. Pero puede darse el caso de que una misma prohibición sea parte de una regla constitutiva y una regla regulativa, por ejemplo, la prohibición de cometer faltas en el fútbol forma parte de una regla constitutiva del deporte, sino no sería fútbol, pero a su vez si se comenten faltas las mismas son castigadas dentro del partido⁸⁷⁹.

Una vez analizados los componentes básicos del deporte resulta necesario analizar su evolución histórica, para así poder comprender cómo se ha llegado hasta el concepto moderno de deporte “profesionalizado”, con las características que repercuten negativamente en hacerlo un ámbito tan fértil para la corrupción. El deporte es una actividad que ha estado presente a lo largo de la historia del ser humano, e incluso las más antiguas civilizaciones de las que se tienen recuerdo le dieron un valor muy importante dentro de su vida diaria⁸⁸⁰; desde los primeros juegos básicos que imaginamos realizaban nuestros antepasados más antiguos, hasta el gran desarrollo deportivo durante la época griega y la antigua Roma, o también los antiguos juegos de pelotas de los Mayas que era utilizado como ritual religioso y en el cual los perdedores solían ser sacrificados a los dioses.

878 RAE consulta del verbo contender, realizada el 7 de octubre de 2017, se puede consultar en: <http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=contender>

879 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 104.

880 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 13.

También desde tiempos antiguos, la humanidad le ha dado mucha importancia y ha idolatrado a los grandes deportistas⁸⁸¹, ya desde el origen del deporte competitivo hace más de 3000 años, cuando en la ciudad griega de Olimpia se disputaban y organizaban pruebas deportivas, o en Grecia se organizaron los primeros Juego Olímpicos, por Ifito rey de Elide en el año 776 a. C, (que eran convocados cada cuatro años, este periodo de cuatro años era conocido como olimpiada), en ambos casos los deportistas tenían un importante reconocimiento social. Los juegos tenían una importancia religiosa y política, por una parte era una forma de celebrar a los dioses griegos, mientras que desde el punto de vista político permitía reunir a todas las polis que conformaban el imperio griego; posteriormente con el declive de Grecia y la eventual rendición ante el imperio romano, llevó a que las polis contrataron a deportistas extranjeros para reforzar sus representaciones en los juegos, lo que tuvo como consecuencia una especie de “profesionalización” de los antiguos Juegos Olímpicos pero eventualmente también su fin en el año 393⁸⁸². Fueron tan importantes que desde hace más de 120 años la sociedad ha retomado dicha tradición mediante la versión moderna de los Juegos.

En la época medieval europea, el deporte fue dividido por clases sociales, reservando las actividades más violentas o juegos de pelota para las clases sociales más bajas, mientras que la nobleza se dedicaba a practicar deportes con caballo, especialmente la caza⁸⁸³. Sin embargo, la Reforma Protestante cambió significativamente el panorama del deporte, ya que los líderes consideraban que el deporte distraía al pueblo de las actividades importantes como trabajar y rezar, lo cual impulsó a que la actividad deportiva se prohibiera durante varios años⁸⁸⁴. No fue sino hasta la llamada Revolución Industrial, a mediados de 1800, cuando el deporte volvió a resurgir. Esa fase de resurgimiento del deporte estuvo marcada por un importante papel a nivel social y por la reglamentación de la actividad, momento que marca el nacimiento moderno del deporte como lo conocemos⁸⁸⁵.

881 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 7.

882 GUERRERA OLEA, Antonio. “El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 123-125.

883 BOCARRO, J/EDWARDS, M. “Sport participation”, En BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. p. 204.

884 Ibidem.

885 Ibidem.

Actualmente, el deporte en todos sus niveles preserva ese importante papel dentro de la sociedad, e incluso está directamente relacionado con la educación, la cultura, la socialización y por supuesto la salud de las personas⁸⁸⁶. Por tal motivo, los Estados han desarrollado importantes políticas públicas para promoverlos, así como una asignación importante de recursos económicos públicos⁸⁸⁷. Sin embargo, para el Estado, hablar de deporte no es necesariamente pensar en grandes clubes deportivos, ya que la gran mayoría de actividades deportivas tienen lugar en estructuras no profesionales. El deporte puede manifestarse en formas simples, como niños pequeños jugando en un parque o una persona corriendo por una ciudad. Por lo tanto, puede considerarse cualquier actividad física, y ambas han sido reconocidas como fundamentales para garantizar la salud de las personas. En el ámbito educativo, el deporte se utiliza como herramienta para inculcar valores esenciales en los más jóvenes como parte integral de su formación. Organismos internacionales, como la Unión Europea, están promoviendo la educación de atletas de alto nivel a través de programas de "doble carrera". Esta iniciativa permite a los deportistas desarrollarse y practicar su disciplina durante los años de máxima competencia, mientras adquieren una formación complementaria que les capacite para ejercer una profesión una vez finalizada su carrera deportiva profesional.⁸⁸⁸

En virtud de lo anterior, es posible afirmar que el deporte es un elemento muy importante para el desarrollo de las personas, como instrumento para la integración de los colectivos más vulnerables en la sociedad y, adicionalmente, se ha destacado su importancia en la lucha contra el racismo, la violencia y es utilizado para promover un verdadero cambio social⁸⁸⁹. Por ejemplo, el Papa Francisco, máximo líder de la Iglesia Católica, ha destacado la importancia del deporte mediante dos efectos positivos que tiene el deporte en la humanidad: 1. Como actividad humana de gran valor que enriquece la vida de todas las personas por igual, hombres, mujeres, de todas las nacionalidades, etnias y religiones; 2. El deporte permite mejorar la salud y el bienestar, enseña a trabajar en equipo, a saber, ganar y perder⁸⁹⁰.

886 PIETH, Mark. "Governing FIFA", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 7.

887 Comisión Europea. "Libro blanco sobre el deporte". Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2007. pp. 8-9.

888 Ibidem. p. 12.

889 Commonwealth Secretariat. "The Commonwealth Guide to Advancing Development through Sport". 2013. p. 5.

890 Diario CR Hoy, "Papa llama a proteger el deporte del "cáncer de la corrupción". 5 de octubre de 2016. Se puede consultar en: <https://www.crhoy.com/sin-categoria/papa-llama-a-proteger-el-deporte-del-cancer-de-la-corrupcion/>. (consultada por última vez 16/08/2020).

Asimismo, otros organismos internacionales, especialmente Naciones Unidas, han decidido utilizar el deporte como un eje transversal sobre el cual apoyar su trabajo, especialmente en los ámbitos del desarrollo y la paz⁸⁹¹. Por lo tanto el deporte puede ser de gran ayuda para el desarrollo de las personas y la sociedad en general, especialmente frente a las condiciones de mayor vulnerabilidad; en los últimos años su desarrollo por parte de los gobiernos y organismos internacionales ha sido una política pública con un importante peso, pero todos estos esfuerzos entran en choque directo con la creciente corrupción en el ámbito deportivo profesional y especialmente en las entidades deportivas de más alto nivel (federaciones, clubes, entre otras).

El nacimiento del deporte moderno puede situarse en el siglo XIX, concretamente en Inglaterra en donde se inició un proceso privado encaminado a crear asociaciones destinadas a la práctica del deporte de formar *amateur*, especialmente en el ámbito del fútbol⁸⁹². El primer reto que tuvieron esas asociaciones fue dotar a los deportes de reglas para su práctica, además de otorgarles sistemas institucionalizados para su promoción y regulación, lo que se llamaría más adelante federaciones. Este gran avance en Inglaterra no tardó mucho tiempo en expandirse hasta convertirse en un fenómeno mundial. Cabe destacar que durante esa primera etapa del deporte moderno no existió una intervención estatal como la actual⁸⁹³. Otro momento importante para el deporte moderno fue la instauración de los Juegos Olímpicos modernos a partir de 1896, lo cual le dio gran empuje al deporte para consolidar su expansión internacional y acelerar su crecimiento.

Por su parte, en el contexto español, debemos resaltar las últimas dos décadas del siglo XIX y las primeras dos décadas del siglo XX, ya que en ese espacio de tiempo nacieron en España los que hoy son los grandes clubes de fútbol: FC Barcelona (1889); Athletic de Bilbao (1898); Real Madrid (1902); y Atlético de Madrid (1903), asimismo se formaron importantes federaciones deportivas: Federación Española de Ciclismo (1896); Federación Española de Boxeo (1908); la RFEF (1909); y las Federaciones de Atletismo, Remo y Natación (estas últimas tres se fundaron en 1918).

891 Es por esta razón que en el año 2001 Kofi Anan anunció la creación de la UNOSDP, como oficina encargada de promoción del deporte en zonas socialmente vulnerables por razón de falta de desarrollo o conflictos armados.

892 FERNÁNDEZ, J.L./LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus. 2020. p. 81.

893 TEROL GÓMEZ, Ramón. “Administración Pública y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 59.

Pese a estos importantes avances y la organización que sufrió el deporte en estos años, puede afirmarse que durante casi 80 años el deporte no fue realmente profesional, sino que se podía catalogar como *amateur*, ya que los deportistas no recibían compensaciones económicas adecuadas e incluso eran víctimas de abusos laborales, lo cual los obligaba a desempeñar otros trabajos para poder mantenerse y además no les permitía dedicarse tiempo completo al deporte. Adicionalmente, las entidades deportivas eran administradas de forma bastante limitada, sin contar con una verdadera profesionalización y sin que se entendiese que esas entidades fueran empresas, como si se hace hoy en día.

La verdadera profesionalización fue un efecto directo de la comercialización en masa, especialmente desde la década de los años ochenta, a razón de dos factores: gracias a los patrocinadores, siendo destacable el caso de Adidas, la marca de indumentaria ha catapultado el *merchandising* del COI y de la FIFA, especialmente respecto a sus principales eventos, la Copa Mundial de la FIFA y los Juegos Olímpicos⁸⁹⁴; mientras que, por otra parte, se dio un auge en las transmisiones por televisión de los eventos, que universalizaron los principales eventos deportivos, y que además los derechos de transmisión se perfilaron como una importante fuente de ingresos para organizaciones como la FIFA y el COI. Por ejemplo, en los Juegos Olímpicos de 2012 en Londres, el COI cedió los derechos de transmisión por la cifra de 3.914 millones de dólares⁸⁹⁵, Sky y BT Sport pagaron 5.136 millones de libras esterlinas por los derechos de transmisión de la liga Premier inglesa durante tres temporadas⁸⁹⁶, mientras que la FIFA recibe casi 5 mil millones de dólares por los derechos de transmisión de cada Copa Mundial⁸⁹⁷.

El crecimiento económico, permitió mejorar los salarios mínimos por competir, hasta el punto en que algunos deportistas profesionales ganen varios millones de euros por año. Lo anterior tuvo como resultado el nacimiento del *deportista profesional*. Siendo importante definir ese concepto; según la FIFA será futbolista profesional: *un jugador profesional es uno que tiene un contrato*

894 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 28.

895 GUERRERA OLEA, Antonio. "El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 132.

896 GRATTON, C. LIU, D. RAMCHANDANI, G. WILSON, D. "The global economics of sport". En BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 67; y BYERS, T/THURSTON, A. "Trust and control in sport organizations", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 433.

897 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 168.

*escrito con su club y percibe un monto superior a los gastos que realmente efectúa por su actividad futbolística*⁸⁹⁸. Mientras que ALONSO OLEA diferenció al deportista profesional del deportista aficionado de la siguiente forma: *El deportista profesional no juega, a diferencia del aficionado, sino que trabaja, no practica el deporte por afición, sino que ofrece y presta sus servicios a un empresario mediante un salario*⁸⁹⁹. Estas definiciones permiten identificar algunas características esenciales del concepto: 1. Una retribución económica por parte del club al jugador por la prestación de los servicios prestados; 2. La existencia de un contrato escrito, quedando por fuera los contratos orales o tácitos; 3. Estabilidad contractual, la FIFA además exige que los contratos sean de por lo menos seis meses, es decir el periodo entre cada mercado de fichajes; 4. La ajenidad, exclusividad y subordinación, como cualquier empleado habitual⁹⁰⁰. Además, deben tomarse en cuenta los requisitos que cada país establece para los contratos laborales, como por ejemplo en España que pueden contratar únicamente mayores de 16 años y menores de 18 con autorización de los padres o tutores o mayores de edad con plena capacidad legal⁹⁰¹.

Respecto al concepto de deporte profesional, la mayoría de las definiciones parten de una característica en común y es que *exista una participación en competiciones profesionales*⁹⁰², es decir, aquellas en las que los participantes perciben o pueden percibir retribución de diversa naturaleza por el simple hecho de participar en la competición, mientras que competición no profesional se refiere a las que los participantes no perciben ni pueden percibir ningún tipo de retribución económica⁹⁰³. Curiosamente, unas de las máximas competiciones a nivel mundial y donde todo deportista añora llegar a participar, son los JJOO, pero los mismos deben considerarse competiciones no profesionales, ya que según la Carta Olímpica se hace incompatible la participación en los juegos con la percepción de cualquier tipo de retribución por competir⁹⁰⁴, incluso antes de 1981 la Carta Olímpica permitía únicamente la participación de atletas amateurs, prohibiendo cualquier participación de deportistas profesionales.

898 Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores FIFA, artículo 2.2.

899 ALONSO OLEA, Manuel. "Derecho del Trabajo". Universidad Complutense de Madrid. 1978. p. 57.

900 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo Ed. 2015. p. 19.

901 Recordándose que, si bien la mayoría de los contratos son escritos, también pueden ser orales.

902 GARCIA CABA, Miguel María. "Las entidades del deporte profesional: las ligas profesionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 344.

903 Ibidem. pp. 348-349.

904 Regla 40 de la Carta Olímpica. Se prohíbe incluso la promoción de marcas de patrocinadores.

En lo que respecta a España, la competición deportiva profesional se encuentra regulada en el art. 46 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (LD), que para identificar el carácter profesional deben existir vínculos laborales con los deportistas y debe analizarse la importancia y dimensión económica de la competición; el órgano encargado de determinar si se cumplen los parámetros para establecer que una competición es profesional o no, es el CSD. Este tema en concreto es bastante polémico y ha generado discusión en la doctrina especializada, al dejarse fuera del concepto de competiciones profesionales a las ligas de balonmano, fútbol-sala y torneos como la Supercopa de España y la Copa del Rey, las dos últimas en el ámbito futbolístico y con una concentración de audiencia e ingresos económicos considerables⁹⁰⁵.

No todos los deportistas profesionales desarrollan su práctica mediante una relación laboral con un club deportivo. Este tipo de relaciones se reserva, en su mayoría, para los deportes colectivos, quedando excluidos los deportes individuales, como el tenis o la natación. En estas disciplinas es más difícil identificar las características que permiten determinar la profesionalidad de un deportista. Por ello, en la legislación española encontramos lo que se denomina una doble categorización del concepto de deporte profesional, basada en el cumplimiento de dos requisitos: competición y deportista profesional.

Según el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, se consideran deportistas profesionales aquellos que, en virtud de una relación establecida de manera regular, se dedican voluntariamente a la práctica de un deporte por cuenta ajena en un club o entidad deportiva y a cambio de una retribución. Quedan excluidos los deportistas que practican el deporte recibiendo una compensación que únicamente cubre los gastos en los que incurren para poder practicar.

Para participar en competiciones deportivas oficiales y formar parte de la federación deportiva correspondiente, el deportista debe contar con una licencia deportiva que lo habilite para el ejercicio de la actividad deportiva oficial⁹⁰⁶. Asimismo, una competición deportiva profesional será aquella que sea aprobada como tal por el Consejo Superior de Deportes (CSD).

905 GARCÍA CABA, Miguel María. “Las entidades del deporte profesional: las ligas profesionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 353.

906 Ley 10/1990 de 15 de octubre, del Deporte, Artículo 32.4

Por otra parte, no puede pasarse por alto lo importante que es para cualquier Estado que sus deportistas representen al país en competiciones internacionales y de máximo nivel. Por esa razón, el legislador español ha creado la figura del deportista de alto nivel, que será aquel que se mida en competencias deportivas con la garantía de un rendimiento y competitividad en el ámbito internacional⁹⁰⁷. De acuerdo con el art. 6 LD, la Administración Pública (ya sea nacional o de las Comunidades Autónomas) procurará los medios para la preparación técnica y el apoyo científico y médico de los deportistas de alto nivel, pero debe garantizarse su educación y su plena integración social, pensando en proteger a los deportistas especialmente una vez que sus carreras deportivas hayan finalizado.

El párrafo anterior es un claro ejemplo de la evolución que ha tenido el ámbito deportivo que lo ha llevado a convertirse en un entramado organizativo sumamente complejo en donde coinciden entidades tanto de derecho público como de derecho privado, e incluso algunas de derecho privado con potestades públicas⁹⁰⁸; y en donde se tiende cada vez más a la profesionalización de los deportistas, así como su dedicación casi exclusiva al deporte. Lo anterior en un contexto en que los logros deportivos y económicos son cada vez mayores, pero también la competencia, el esfuerzo y la presión, especialmente con la sombra de una carrera deportiva que, a nivel profesional difícilmente logrará sobrevivir más allá de los 35-40 años del deportista. Todos los anteriores, pueden ser considerados factores de presión psicológica para los deportistas, que podrían influir en comportamientos delictivos.

2. Fundamento constitucional del deporte

El deporte tiene un papel tan importante en las sociedades modernas, que impulsa a los Estados a la obligación de dar un valor relevante desde el punto de vista las políticas públicas y de la legislación. Sin embargo, pese a la gran importancia del deporte para los Estados, desde el punto de vista constitucional, la mayoría no protegen en sus máximos textos legales al deporte como un

907 PALOMAR, N/GARCÍA, J. “El deporte de alto nivel”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 440-441. Para determinar si un deportista es de alto nivel debe evaluarse sus resultados y clasificaciones en pruebas deportivas internacionales. El CSD es quien determina si el deportista cumple con los requisitos.

908 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal”, en BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal* Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 745.

derecho fundamental y únicamente suelen reconocerlo como interpretación de los tribunales constitucionales, denle relación con el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la salud, realizando en la mayoría de ordenamientos una construcción jurisprudencial del deporte como herramienta para garantizar el derecho a la salud de los ciudadanos.

Pese a esa carencia, desde el punto de vista constitucional la mayoría de los países poseen en sus ordenamientos leyes específicas para la promoción del deporte, así le dedican una importante parte de sus presupuestos a la promoción del deporte, si bien justificándolo en un deber de fomento del derecho a la salud y al desarrollo de la personalidad, también debe contemplarse el valor desde el punto de vista de la política internacional que el deporte representa. Por ejemplo, la LD establece en su art. 1 el derecho de todo ciudadano a practicar el deporte y no solo el de los deportistas profesionales, con la diferencia que, para estos últimos, será, además, el ejercicio de su profesión⁹⁰⁹.

Aun así, sí existen naciones que han incluido en sus constituciones al deporte como un derecho fundamental, tal es el caso de la Constitución Cubana de 1976 y la Constitución de Portugal del mismo año, ambos textos expresan que *todos los ciudadanos tendrán derecho a la educación (o cultura) física y al deporte*⁹¹⁰. Mientras que la Constitución Española al igual que otras constituciones garantiza únicamente el fomento de la educación física y *el deporte como elemento básico para cumplir con una calidad de vida ciudadana*⁹¹¹. Según el desarrollo jurisprudencial español el concepto de fomento se traduce en cuatro aspectos prácticos: 1. La necesidad de que exista una regulación jurídica del marco normativo del deporte en el territorio español; 2. Un aspecto de carácter político es decir las respectivas políticas públicas encaminadas a promover el deporte; 3. Dotar de recursos económicos la infraestructura de promoción del deporte; y 4. La educación y cultura del deporte⁹¹².

Desde el punto de vista comunitario, la Comisión Europea ha destacado la importancia de la intervención estatal en el deporte debido a que constituye una herramienta esencial en el fortalecimiento de la educación y la salud pública, ya que el mismo *permite mejorar la integración*

909 Sobre esto: CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito*. 6ta ed. Ed. Tecnos. 2005. p. 324.

910 Constitución de Portugal de 1976, artículo 79 y Constitución de Cuba de 24 de febrero de 1976, artículo 9 y 52.

911 Constitución del Reino de España de 29 de diciembre de 1978, artículo 43.3.

912 Sobre esto: DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 33.

*social, disminuir el racismo, la criminalidad, el consumo de alcohol y de drogas*⁹¹³. Mientras que el Consejo Europeo implementó la *Declaración de Niza sobre el Deporte*⁹¹⁴, que persigue promover el deporte de los ciudadanos europeos, bajo el fundamento de que el ciudadano pueda practicar libremente el deporte sin necesidad de integrarse en asociaciones ni teniendo que incurrir en grandes gastos económicos para realizarlo.

3. Del viejo paradigma de ganar “como dé lugar” al moderno *Fair play* económico-financiero

Hasta hace unas décadas el panorama deportivo presionaba a los deportistas y clubes a ganar a como diese lugar, hacer trampa dentro y fuera de la cancha no estaba tan mal visto como lo está ahora. Sin embargo, desde la profesionalización y masificación del deporte profesional, surgió la necesidad de que los deportistas expresaran altos valores éticos que sirvieran para fomentar los valores en la sociedad, de esta forma nació lo que se ha conocido como *fair play* o juego justo. Este concepto ha adquirido importancia gracias a la significativa campaña internacional que ha realizado la FIFA para promoverlo.

El *fair play* se puede traducir como el juego limpio y no es más que el respeto de las normas de juego, por los adversarios y por el árbitro; pero va más allá porque su objetivo está centrado en darle valores al deporte, estableciendo relaciones fraternas entre los adversarios y se ha convertido también en una herramienta muy importa para luchar contra trampa y el engaño (corrupción y dopaje)⁹¹⁵. Además, el *fair play* busca estrechar los lazos de fraternidad entre los pueblos; en los últimos años, el juego limpio ha tenido un importante crecimiento y recibe respaldo de las principales federaciones y organismos deportivos e incluso por parte de organismos internacionales, como Naciones Unidas, que proclamó el año del deporte en 2005, como instrumento para fomentar el desarrollo, los derechos humanos y la paz. El *fair play* se ha expandido a casi todos los deportes y las manifestaciones en cada rama deportiva serán distintas;

913 Sobre esto: TAYLOR, J/CHILVERS, C. “Regulation of the sports sector”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. 2003. p. 5. Quienes hacen referencia al documento “The development and prospects for Community Action in the field of Sport”. De la Comisión Europea.

914 Declaración de Niza sobre el Deporte, Consejo Europeo, 10 de diciembre de 2000.

915 LAMONEDA PRIETO, Javier. *La autenticidad del deporte. Fundamentos de ética deportiva*. Ed. Deportiva. 2010. p. 120.

incluso en un deporte tan violento como el boxeo donde el objetivo para ganar el combate es noquear al contrincante, al inicio de cada round existe una clara manifestación de *fair play*, ya que ambos contrincantes se tocan los guantes mutuamente como señal de que están listos para iniciar a pelear, esta manifestación de *fair play* es respetada por todo boxeador, pese a que no existe una norma regulativa en el boxeo que así lo exija⁹¹⁶. Ahora bien, es importante aclarar que el concepto de *fair play* no es algo nuevo; ya en los Juegos Olímpicos organizados en la Antigua Grecia, los deportistas se les enseñaba el sentido de competencia entre iguales, rivalidad noble y se les prohibía la humillación a los vencidos por parte de los ganadores, así mismo existía un Código Olímpico, que castigaba con latigazos toda intención de corromper a árbitros o contrincantes⁹¹⁷.

En los últimos años el *fair play* ha evolucionado y ha traspasado los límites de las canchas o pistas para llegar a lo que ha sido llamado como *fair play financiero*, traducido como un sistema de valores que busca la paridad económica entre clubes deportivos, además de la transparencia en sus finanzas, para lo cual se establecen límites al endeudamiento de los clubes (obligaciones con otros clubes y con las autoridades tributarias). Por ejemplo, para poder participar en competiciones organizadas por la UEFA, los clubes deben demostrar que no tienen deudas pendientes, este control financiero ha ido aumentando su exigencia con el paso de los años, desde que se implementó en 2003, dejando a más de 44 equipos fuera de competiciones europeas⁹¹⁸ y ha aplicado importantes sanciones económicas a clubes del continente⁹¹⁹.

916 Dicha regla tacita ha trascendido a otros deportes de contacto como MMA, Karate entre otros.

917 GUERRERA OLEA, Antonio. "El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 125.

918 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. pp. 214-215.

919 Diario AS deportivo: "Un experto explica cómo el PSG pagaría el fichaje de Neymar". De 22 de julio de 2017. Se puede consultar en https://futbol.as.com/futbol/2017/07/22/primera/1500733443_489281.html?id_externo_rsoc=CM_ES_FB_Sa_17_40_A10F_B02_F_C05I_D02I_E04T&id_externo_ads=fbads_escor_cuentas Neymar se impuso una multa de hasta 22 millones de euros al Paris St. Germain en 2014 por un contrato de patrocinio por 186 millones de euros catalogado por la UEFA como de injusto, además de la multa también se limitó el contrato a 54.5 millones de euros. Cabe mencionar que el PSG fue adquirido por un grupo empresarial Catarí y desde entonces han realizado importantes desembolsos para adquirir jugadores mientras que sus ventas son mucho menores, el 2 de agosto de 2017 solamente un mes después de que finalizara el contrato entre Qatar Airways (fundada por la familia real Catarí) y el FC Barcelona se anunció la compra de Neymar JR por el PSG pagando un suma astronómica de 222 millones por cláusula de recesión de contrato, el presidente del PSG y el emir de Catar son amigos desde que fueron compañeros en la escuela, además que se sospecha que el grupo empresarial Catarí que posee al PSG tiene una importante inversión de la familia real Catarí, el origen de su dinero también ha sido cuestionado. ABC News "*Qatari Royal Family linked to Al Qaeda*" <http://abcnews.go.com/WNT/story?id=129838&page=1>, News.com.au "*Qatar: Royal family ransom deal, hacking, terrorism behind diplomatic crisis*": <http://www.news.com.au/finance/economy/world-economy/qatar-royal-family-ransom-deal-hacking-terrorism-behind-diplomatic-crisis/news-story/5cf7483d1598e72cd904bbbc52c0d9d2>. (Consultado por última vez el 19/10/19). Así mismo otros clubes han cuestionado la viabilidad económica de la operación desde los parámetros de *Fair Play Financiero* de la UEFA, sobre esto: D'ANGELO, Eugenio. "Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A". Rev. International Business Research. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. p. 152.

Desde el punto de vista del *compliance*, el *fair play* podría catalogarse como una manifestación de la cultura ética empresarial en el ámbito deportivo; mientras que el *fair play financiero* puede catalogarse como una manifestación específica del buen gobierno corporativo en el ámbito deportivo; sin embargo, no son los únicos elementos que deben incorporar las entidades deportivas desde el punto de vista del cumplimiento, ya que como se analizará más adelante el ámbito deportivo es un sector vulnerable para la comisión de hechos delictivos, lo cual corresponde a que el sector se caracteriza por una ausencia de transparencia, y más bien está dotado por una cultura proclive a la corrupción, que *en muchos casos acepta la corrupción como parte de la cultura empresarial de las instituciones*⁹²⁰. En virtud de lo indicado, el ámbito deportivo supone un reto desde el punto de vista de los programas de *compliance*.

4. Deporte, una cuestión de Estado

Al ámbito deportivo ha crecido de forma impresionante en las últimas décadas, las entidades deportivas profesionales han adquirido a lo largo de este tiempo un gran poder tanto a nivel comercial como político; el fútbol, sin lugar a duda, es el deporte que más ha crecido y que más influencias políticas y comerciales ha cosechado⁹²¹, Al punto de que existen más federaciones nacionales de fútbol que integran la FIFA que países miembros de Naciones Unidas.

El deporte se ha convertido en una importante forma de representar a los países, lo que ha tenido como resultado que la relación Estado – entidades deportivas, haya tomado un papel fundamental. Esta relación ha tenido una especial incidencia históricamente, en los *casos de regímenes totalitarios*⁹²²: la Alemania Nacional Socialista celebró los Juegos Olímpicos de Berlín en 1936, en esa ocasión el régimen no desaprovechó la oportunidad y presentó ante el mundo su poder en la puesta en escena con un ambiente magnifico y cargado de propaganda propia del régimen, tanta fue la importancia que el régimen le dio a los JJOO, que el mismo Joseph Goebbels (ministro de

920 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 36.

921 NAVARRO DEL VALLE, Hermes. *Compendio de legislación deportiva. Fútbol. Normas que rigen el fútbol*. Ed. Investigaciones Jurídicas. 2000. p. 43.

922 FERNÁNDEZ, J.L/LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus. 2020. p. 82.

ilustración pública y propaganda del Tercer Reich) fue el encargado de la organización del evento⁹²³.

Rusia, por ejemplo, fue anfitrión de los JJOO de invierno, en Sochi en 2014, y la Copa Mundial de la FIFA 2018, eventos que fueron utilizados por el presidente de Rusia, Vladimir Putin, como una herramienta para reafirmar su política tanto interior como exterior ante todo el mundo, además de dejar en evidencia el poderío de la Federación Rusa como potencia mundial⁹²⁴. De igual forma la Copa Mundial de la FIFA de 1978 se realizó bajo un régimen de dictadura en Argentina⁹²⁵. En España la regulación y promoción del deporte había sido una tarea en manos privadas hasta la llegada de la dictadura⁹²⁶, momento en el cual el Estado se percató de la importancia del deporte como mecanismo de promoción internacional del régimen por lo que se incorporaron tareas de promoción y gestión del deporte al Estado.

Adicionalmente, alcanzar importantes logros deportivos ha sido de mucha importancia para los Estados: la guerra fría dio pie a un importante enfrentamiento deportivo por décadas entre Rusia y Estados Unidos; ambas potencias utilizaron las Olimpiadas como medio para demostrar qué régimen económico-político era mejor (capitalismo o comunismo). La Cuba de los Castro se ha mantenido en lo alto de los Juegos Panamericanos durante décadas. China y Rusia en los últimos años han hecho méritos para subir a los más alto del deporte mundial debido a una inversión sin precedentes por parte del Estado en materia deportiva⁹²⁷, que no ha estado exenta de fuertes cuestionamientos por acusaciones de “políticas de dopaje de Estado”.

Los Estados regulan y promueven el deporte mediante una importante política pública, para lo que invierten una importante partida presupuestaria y además crean ministerios que dirigen la política

923 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. Pp. 27 y 28. El evento fue utilizado para mostrar la supremacía de la raza aria, pero el atleta negro Jess Owen de Estados Unidos logró batir dos records del mundo y hacerse con dos medallas, lo que llevo a Adolf Hitler a abandonar el estadio para no tener que estrechar la mano de Owen, quien además se rehusó a realizar el saludo Nazi.

924 HOLDEN, Russel. “Politics and sport governance”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 101.

925 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 28.

926 TEROL GÓMEZ, Ramón. “Administración Pública y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 57 y 62.

927 YI, Jiandong. “Sport Policy”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p.182.

deportiva a nivel nacional⁹²⁸, lo cual es importante para determinar la expansión del llamado derecho público del deporte, es decir, el análisis de las estructuras públicas del Estado que tienen como función promover el deporte. Cabe destacar que una forma de caracterizar al modelo deportivo empleado por un país es analizar con qué intensidad los poderes públicos ponen su atención en el deporte, por ejemplo, en España la política y el deporte tienen una relación muy íntima. Una muestra de lo anterior es que resulta bastante habitual que en recintos deportivos autoridades públicas compartan palco con importantes empresarios durante los principales eventos deportivos. Los miembros de la Familia Real española, autoridades del Gobierno Central español, alcaldes, presidentes de Comunidades Autónomas, diputados e incluso funcionarios del Poder Judicial son agasajados de forma periódica por clubes deportivos, especialmente, clubes de fútbol. Incluso es normal recibir la visita de jefes de estado extranjeros cuando se dan partidos internacionales o que el presidente de Gobierno español visite estadios en el extranjero⁹²⁹. Todo esto evidencia el poder del deporte profesional y la justificación política de esa relación muy estrecha entre entidades deportivas profesionales y gobiernos.

Por otra parte, pese a la importancia que representa el deporte para los países, algunos Estados han optado por delegar la función pública de promoción del deporte en las federaciones deportivas nacionales. Pero para cumplir con esta función pública delegada, las federaciones necesitan recursos de la administración pública, que se reciben por medio de subvenciones. Sin embargo, la entrega de dinero a instituciones privadas conlleva la estipulación de controles hacia las federaciones; por ejemplo, la administración pública española ha logrado establecer controles en los procesos electorales de las federaciones, en la composición de ellas y en la aplicación de reglas antidopaje y protocolos para la erradicación de la violencia en el ámbito deportivo como requisitos para seguir otorgando subvenciones⁹³⁰.

928 Ibidem.

929 En la Copa Mundial de la FIFA de Rusia 2018 fue un excelente escenario para observar a distintos mandatorios presidenciales especialmente de Europa disfrutando los partidos, algo que sin lugar a duda Vladimir Putin no desaprovecho para ratificar sus relaciones con distintos socios comerciales y políticos.

930 PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Las federaciones deportivas y las asociaciones deportivas”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 286-287. Si bien el autor se centra en analizar el fenómeno en España, lo cierto es que dicho sistema de delegación de la función pública en las federaciones es una tendencia global, variando únicamente el nivel de intromisión del gobierno a lo interno de las federaciones.

Para la organización de mega eventos deportivos resulta necesaria la cooperación público-privada, por ejemplo, para que una ciudad presente una candidatura y pueda competir para ser la sede de los JJOO, es necesario que previamente la administración pública haya adquirido importantes compromisos de ayuda y cooperación para la adecuada organización y puesta en práctica del evento. Debido a que a los Estados les interesa organizar y ser anfitriones de grandes eventos deportivos como JJOO, mundiales de fútbol o GP de F1, ya que son un excelente mecanismo de promoción del país, además, se han convertido en un mecanismo de legitimación en el caso de ciertos regímenes altamente cuestionados por la Comunidad Internacional⁹³¹. Es en estos eventos donde se da una extraña relación privado-pública con muchísimo dinero e intereses de por medio, situación que puede dar pie a graves delitos económicos o de corrupción.

No se puede olvidar que las entidades privadas tienen la capacidad de imponer condiciones a los Estados para poder organizar esos eventos⁹³²; por ejemplo, la FIFA estableció una serie de exigencias a Brasil al momento de ser seleccionado como país anfitrión del Mundial de 2014 que incluían: 1. Garantía de visas de entrada y salida a una lista de personas, incluidos directivos de la FIFA, de las federaciones, directivos de los patrocinadores, etc.; 2. Importación y exportación del material y productos necesarios para organizar el mundial sin restricción ni control de ningún tipo; 3. Prohibición de cobro de ningún tipo de impuesto a la FIFA o a sus socios comerciales (patrocinadores); 4. Cambio ilimitado de divisas para miembros del staff de FIFA; 5. Tratamiento prioritario en las aduanas aeroportuarias para el staff de FIFA y a las selecciones de fútbol participantes; 6. Cambio de nombres de los estadios según considera la FIFA necesario; 7. Garantía de poderes especiales a la seguridad privada para realizar arrestos, detenciones, destrucción de propiedad dentro de los estadios y las zonas de venta de mercadería oficial del Mundial; 8. El gobierno central de Brasil tendrá carácter de demandado civil solidario en caso de que se presente

931 Por ejemplo, Estados como Rusia, Catar, Emiratos Árabes, China, Filipinas, Arabia Saudí, entre otros, han sido cuestionados por la comunidad internacional. Siendo que todos han utilizado la organización de grandes eventos deportivos profesionales para intentar efectuar un “lavado de cara” frente a las acusaciones recibidas.

932 A la hora de pulsos entre gobiernos y entidades deportivas internacionales, las últimas pueden implementar argumentos más que convincentes para controlar las acciones de los gobiernos; por ejemplo en 2008 el Gobierno Español al igual que el Griego y Portugués quisieron regular las elecciones de los miembros de las federaciones deportivas incluyendo la RFEF, por lo cual la FIFA hizo una manifestación tajante, indicando que una injerencia de dicho tipo por parte del gobierno en la RFEF era intolerable y conllevaría la expulsión inmediata del fútbol español, griego o portugués de cualquier participación deportiva, llegando incluso a suspender por un espacio de cuarenta y ocho horas a la Federación Griega de Fútbol de cualquier competición, los tres países cedieron en sus planes de injerencia en las respectivas federaciones de fútbol. Sobre esto GUERRERA OLEA, Antonio. “El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 168-169.

algún tipo de demanda contra la FIFA⁹³³. Por otro lado, en el mundial de Sudáfrica la situación fue más allá, pues la FIFA impuso tribunales especiales de carácter penal para juzgar hurtos y robos durante la copa del mundo. Esos delitos eran castigados con pena de cárcel y se juzgaban en cuestión de horas⁹³⁴, lo cual pone en una posición vulnerable a la soberanía estatal, sin olvidar todas las posibles violaciones al debido proceso en que se podría estar incurriendo.

En sentido opuesto, observamos ejemplos de injerencia estatal en el ámbito deportivo a través de leyes nacionales específicas sobre el deporte. Además, existen diversas políticas públicas y planes gubernamentales diseñados para la promoción del deporte, los cuales también contribuyen a proyectar una imagen positiva del Estado tanto a nivel nacional como internacional. El ejemplo más reciente y representativo de la política estatal en el deporte es la creación de tipos penales específicos para el ámbito deportivo, como el dopaje y el amaño de partidos, delitos que cada vez más países incorporan en sus códigos penales.

5. Pirámide organizativa del deporte profesional en España

Para comprender mejor el concepto de deporte profesional que existe en España, resulta necesario partir de una importante carencia, ya que no existe una ley específica para regular el deporte profesional. Aun así, se ha logrado establecer una pirámide organizativa para el deporte profesional español, la cual se encuentra conformado por el Consejo Superior de Deportes, las Federaciones Deportivas, las Ligas Profesionales y los Clubes que las conforman. Se procederá a analizar cada una de esas.

En la cabeza del deporte profesional español, se encuentra el Consejo Superior de Deportes (CSD) que, como ente estatal, le corresponde el reconocimiento de las competencias pública como: funciones de dirección; reconocimiento y autorización para la constitución de las federaciones deportivas nacionales⁹³⁵; aprobación administrativa de estatutos y reglamentos de las federaciones;

933 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 58.

934 Ibidem. P. 168; GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 6; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 433.

935 PALOMAR OLMEDA, Alberto. "Las federaciones deportivas y las asociaciones deportivas", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 290-296. Según el autor el reconocimiento de la federación deportiva es el acto administrativo por el cual se delega la función pública de promoción del deporte profesional, así como el

política general antidopaje y anti violencia en el deporte y funciones de vigilancia y control sobre las federaciones deportivas siempre respecto a la autorregulación⁹³⁶. Bajo este esquema cabe destacar que el CSD es la única entidad deportiva, en la pirámide organizativa española, que al ser un ente enteramente de derecho público no podrá ser sancionado mediante la⁹³⁷.

Por debajo del CSD, en la pirámide deportiva se encuentran las Federaciones Deportivas, de las que existe una sola por cada deporte; las Federaciones son entidades privadas sin ánimo de lucro, que ejercen por delegación una función pública actuando como colaboradores de la Administración Pública⁹³⁸; la función que realizan debe ser justificada en un fin altruista, el cual se representa por medio de la promoción del deporte a nivel nacional, en colaboración con las federaciones autonómicas⁹³⁹. Las federaciones deben estar organizadas mediante una estructura interna bien establecida para su adecuado funcionamiento, el cumplimiento de lo anterior será vigilado por el CSD, es decir deben cumplir elementos de adecuada organización, gestión y control. Dentro de las funciones de las federaciones destacan: coordinar las competiciones de carácter internacional que se realicen en España, potestad de aplicación de sanciones disciplinarias a deportistas o clubes⁹⁴⁰, así como ejercer el control y fiscalización sobre las subvenciones recibidas por las asociaciones (clubes) o entidades deportivas. Es importante recalcar que las Federaciones Deportivas españolas sí podrán ser penalmente responsables desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁹⁴¹.

nacimiento del derecho de explotación de la actividad deportiva, desde el punto de vista mercantil. Por otra parte y como requisitos para autorización por parte del CSD las federaciones deben cumplir con una serie de requisitos previos: 1. *Existencia de la correspondiente federación internacional, reconocida por el COI*, 2. *El interés deportivo de la modalidad*, 3. *Implantación real de la modalidad deportiva en el país*, 4. *La viabilidad económica de la nueva federación deportiva* (esto último debe reconocerse sin tener en cuenta las posibles subvenciones públicas que la federación podrá llegar a recibir por parte del esto, lo cual en muchos casos podría plantearse como un serio problema de falta de recursos).

936 Ley 10/1990 de 15 de octubre, del deporte, Artículo 10.

937 Código penal español, Artículo 31 quinquies: *1. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.*

938 RD 1835/1991 de 20 de diciembre, artículo primero. Las federaciones deportivas podrán extinguirse por varias razones: 1. *Previsión en los propios estatutos*, 2. *Revocación del reconocimiento de existencia por parte del CSD*, 3. *Por resolución judicial* (incluidas las sentencias penales), 4. *Por integración con otras federaciones*, 5. *Por la no ratificación a los dos años de su inscripción.*

939 TEROL GÓMEZ, Ramón. “Administración Pública y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 98.

940 Auto del 19 de diciembre de 1978 de la Sala Tercera del TS español. En el cual se indica que dichas resoluciones son eminentemente privadas y que no se pueden tutelar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, lo que deja claro que, aunque las federaciones cumplen una función pública por delegación no ejercen potestad administrativa, ni sus actos se consideraran como propios de la administración públicas, preservando en todo momento su carácter de entidades privadas.

941 Interpretación derivada del artículo 31 quinquies.

En el tercer nivel, y por debajo de las federaciones, se encuentran las ligas profesionales; estas son asociaciones privadas integradas exclusivamente por clubes deportivos que participan en competiciones oficiales, de carácter profesional y estatal; son las encargadas de organizar sus propias competiciones y encargadas de la mercantilización del deporte. No puede existir más de una liga profesional por cada modalidad deportiva y sexo en el ámbito estatal. En el caso del fútbol profesional en España, por debajo de la Real Federación Española de Fútbol, encontramos la LFP, quien como ente privado organiza las ligas de la primera división y la liga A de segunda división, además se encarga de su explotación comercial. Desde el punto de vista penal las ligas podrán ser penalmente responsables al ser asociaciones de derecho privado. Las ligas profesionales están integradas por clubes deportivos; sin embargo, un club podrá ser de dos tipos: 1. Aquellos que buscan fomentar el deporte base o amateur; y 2. Los clubes que buscan el desarrollo del deporte élite y profesional, solamente estos últimos son los que pueden conformar las ligas profesionales. Sin embargo, ambos tipos de clubes podrán responder penalmente por sus actos criminales.

Evidentemente, para este trabajo, interesan los clubes deportivos profesionales, los cuales dependen de la existencia de un club deportivo profesional como la figura jurídica de Sociedad Anónima Deportiva⁹⁴². En el ámbito del fútbol profesional español, se permitió a los clubes que al finalizar la temporada 1985-1986 tuvieran beneficios netos positivos, conservar la figura de clubes o asociación deportivos (Real Madrid Fútbol Club, Fútbol Club Barcelona, Athletic Club de Bilbao y Club Atlético Osasuna). En virtud de lo anterior, las SAD también tendrán como objetivo la competición deportiva profesional y serán penalmente responsables. Los clubes deportivos profesionales en España cuentan, además, con una licencia deportiva para participar en una competición deportiva profesional aprobada por el CSD y por la cual los deportistas que la integran recibirán una retribución económica. Cabe mencionar que los clubes deportivos también podrán responder de acuerdo con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, tal y como sucedió en el caso del FC Barcelona.

6. Derecho penal y deporte profesional

942 Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, Preámbulo, art. 19

Es importante entrelazar las dos grandes materias en las que se engloba el presente trabajo, el Derecho penal y el deporte profesional, para lo cual debe analizarse la relación que han tenido esas dos áreas hasta llegar a la aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en contra de entidades deportivas. Es importante adelantar que el deporte profesional ha sido un sector que ha intentado mantenerse ajeno al derecho y especialmente al Derecho penal, posición que ha ido cambiando en los últimos años.

Primera etapa: La tímida relación entre el Derecho penal y el deporte profesional. La relación entre el deporte profesional y el derecho en general ha sido bastante tímida por varios factores: en primer lugar, durante muchos años no existió una formación de estudios jurídicos específicos para el ámbito del deporte, recientemente eso cambió; en segundo lugar, no existía un importante nicho de mercado que motivara a los juristas a dar el salto y crear esa nueva rama del derecho deportivo, y en tercer lugar, los conflictos se resolvían en las mismas instancias deportivas disciplinarias (autorregulación federativa)⁹⁴³, sin llegar a tribunales ordinarios, además se trataba de un sistema pro entidades deportivas, en donde el deportista tenía pocas herramientas para defender sus derechos e intereses⁹⁴⁴.

No obstante, dichas circunstancias han cambiado en los últimos años, debido a las demandas de carácter laboral interpuestas por los deportistas, que tuvieron como resultado la profesionalización del sector y a un crecimiento exponencial de los ingresos económicos para los deportistas. Es decir, en el momento en que el ámbito deportivo se enriqueció, el ámbito del derecho deportivo se desarrolló, lo que tuvo como consecuencia una nueva práctica legal altamente especializada y con un importante nicho de mercado.

943 Por ejemplo, el artículo 76 del ya derogado Estatuto Orgánico de la Delegación Nacional de Educación Física y Deportes (delegación que ya no existe y Estatuto que ha sido derogado por otro) establecía: “*Queda rigurosamente prohibido a todo deportista o sociedad deportiva acudir, para resolver sus problemas, a otra disciplina o poder distinto de la Delegación Nacional Deportiva. Todo deportista o Entidad que no observase esta prohibición perderá su condición de tal o será automáticamente descalificada*”. También no puede omitirse tomar en cuenta que ciertas disciplinas deportivas contienen una gran cantidad de reglamentación sumamente técnica y especializada como por ejemplo la F1, puede consultarse todos los reglamentos existentes: <https://www.formula1.com/en/championship/inside-f1/rules-reg.html>

944 Actualmente pareciera que la tendencia está cambiando, el FC Barcelona ha implementado cláusulas de resolución de controversias por la jurisdicción común en sus contratos con futbolistas, tal es el caso del contrato con Neymar y Leonel Messi. Sobre esto: Diario As: “El contrato de Messi libera a la FIFA y a la UEFA del conflicto legal”. 27 de agosto de 2020. Se puede consultar en: https://as.com/futbol/2020/08/27/primera/1598514812_192867.html (consultado por última vez el 15/10/2020).

Esta nueva rama jurídica nació con un objetivo muy importante, mantener al ámbito deportivo aislado de la legislación “común” y de los tribunales ordinarios, es decir, el ámbito deportivo busca controlar su propio derecho y cómo será aplicado⁹⁴⁵, creando de esta forma una burbuja que la aislé del mundo jurídico tradicional. Esto ha llegado a tal punto en el que las federaciones deportivas en Suiza no están sujetas a los mismos controles (controles establecidos en la ley comercial, controles en las cuentas y auditorías) que otras organizaciones con naturaleza jurídica similar deben cumplir⁹⁴⁶. Esto plantea un problema desde el punto de vista de la gobernanza para dichas entidades⁹⁴⁷, ya que su administración por mandato legal será distinta a la de otras entidades, pese a que sus ingresos en algunos casos llegan a las cantidades de billones de euros, como si de grandes empresas se tratará.

Esta tendencia que ha afectado la relación del mundo deportivo con el mundo jurídico tradicional, también se ha visto reflejada en la relación con Derecho penal, ya que la misma ha sido bastante más limitada y únicamente se ha concentrado el análisis en la esfera más clásica del Derecho penal (especialmente delitos contra la integridad física⁹⁴⁸, y aplicado generalmente a situaciones entre aficionados, llegando en algunos pocos casos a juzgar deportistas a niveles amateur⁹⁴⁹), como sí el ámbito deportivo profesional fuera una burbuja en donde las reglas del Derecho penal no existen⁹⁵⁰, y no pudieran cometerse otra clase de delitos.

Esta relación tan tímida entre el Derecho penal y el ámbito deportivo tiene su fundamento en dos argumentos importantes, en primer lugar, desde el punto de vista de la autorregulación, en donde las sanciones disciplinarias han limitado casi por completo la intromisión del Derecho penal. Esta

945 El 01 de octubre de 2021 el FIFA Football Tribunal entró en funcionamiento, con el objetivo de resolver disputas relacionadas al ámbito futbolístico, incluido situaciones con agentes deportivos, convirtiéndose de esa forma en un excelente ejemplo de una forma de aislamiento del derecho deportivo aplicado por grandes entidades deportivas profesionales, alejando el ámbito deportivo de las discusiones judiciales. Sobre el FIFA Football Tribunal: Nota de prensa de la FIFA, “*FIFA Football Tribunal set to enter into operation*”. 01 de octubre de 2021. Zúrich, Suiza. Se puede consultar en: <https://www.fifa.com/news/fifa-football-tribunal-set-to-enter-into-operation>.

946 Entrevista realizada al Prof. Dr. Dr. h.c. Mark Pieth, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA -2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza.

947 NEHME, M/ORDWAY, C. “Governance and anti-doping: beyond the fox and the hen house”, en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p 219.

948 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 1043.

949 JAMES, Mark. “Sports participation and the criminal law”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 1073.

950 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 92; WALLEY, Lynne. “The changing face of criminal liability”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 50.

situación se debe a los sistemas de autorregulación que establecen las federaciones deportivas y que son impuestos a sus integrantes⁹⁵¹, y mediante los cuales se castiga cualquier agresión que atente contra la integridad física y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la *ultima ratio* del Derecho penal. Sin embargo, en los últimos 30 años la tendencia ha cambiado⁹⁵², siendo el ámbito deportivo un terreno de constantes casos penales, especialmente relacionados con casos de corrupción.

Esta introducción del Derecho penal en el mundo deportivo ha dado lugar a lo que se conoce como Derecho penal deportivo, el cual puede dividirse en una vertiente clásica y una vertiente moderna. La vertiente clásica abarca casos de lesiones o muertes en el deporte, especialmente en deportes de motor y de contacto, donde la intervención del Derecho penal ha sido limitada. Esto se debe a que dichas situaciones son generalmente reguladas por los sistemas disciplinarios de las federaciones deportivas o se consideran conductas justificadas penalmente, ya sea mediante la figura del consentimiento o del riesgo permitido. Por otro lado, la vertiente moderna del Derecho penal deportivo incluye nuevos bienes jurídicos protegidos mediante tipos penales como el dopaje, el amaño de partidos y los delitos de carácter patrimonial o económico. En otras palabras, se refiere a la corrupción en el ámbito deportivo, tal como se define en este trabajo.

En los últimos años, se ha identificado al deporte como un terreno fértil para una gran cantidad de delitos como pueden ser: delitos de odio (racismo); dopaje; corrupción (pública y privada); tráfico de personas; apuestas ilegales; amaño de partidos; violencia (agresiones, lesiones y homicidios); blanqueo de capitales; delitos informáticos; tráfico drogas; explotación sexual; delito fiscal; delito societario, entre otros⁹⁵³. Sobre los bienes jurídicos afectados también vemos que existe un gran cambio, pasando de bienes jurídicos más tradicionales como: la vida; el honor o la integridad física, a bienes jurídicos como: el patrimonio; la economía; la salud pública o incluso la integridad deportiva.

951 NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en ARROYO, J/NIETO, A. *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 109. Y de la misma obra: DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”. p. 145.

952 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 308.

953 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 8-9.

Segunda etapa: aplicación del Derecho penal clásico en del deporte. Los estadios deportivos y especialmente los de fútbol se han transformado en “válvulas de escape” social, en donde pareciera que cualquier comportamiento es aceptado. Tanto jugadores como espectadores pueden comportarse sin ningún apego a las normas sociales mínimas de conducta y mucho menos a las normas penales, y casi sin ser juzgados socialmente. Los estadios modernos en ocasiones parecen ser centros de desinhibición de las masas, convirtiéndose en ejemplos modernos de lo que pudieron haber sido los coliseos romanos, cargados de violencia e insultos que atentaban contra el honor de las personas e incluso peleas hasta la muerte entre aficionados.

Pero debe plantearse una diferenciación importante en dos ámbitos cuando se habla de vertiente clásica del Derecho penal en el deporte, en primer lugar, lo que sucede en el “terreno de juego” que involucra a jugadores, árbitros y entrenadores, que por lo general se limitará a lesiones deportivas, insultos y ocasionalmente peleas y, en segundo lugar, la esfera más amplia del deporte y más peligrosa, los aficionados dentro y fuera del estadio en donde se pueden suscitar desde cánticos racistas o xenófobos, agresiones, destrucción de propiedad privada y pública (incluso patrimonio histórico) y hasta homicidios. La mayoría de estos actos son realizados por las barras ultras, que suelen estar íntimamente relacionados con grupos de crimen organizado y fascistas⁹⁵⁴. En consecuencia, respecto de los bienes jurídicos, la perspectiva más clásica del Derecho penal se limita a analizar conductas contrarias a la vida, la integridad física, el patrimonio y el honor. Desde el punto de vista de las lesiones en el “terreno de juego”, no puede dejarse de lado que muchos de los deportes poseen como característica aceptada por la regulación el contacto físico entre los deportistas; en muchos casos el contacto físico puede ser sobrepasado por algún deportista y llegar a ocasionar lesiones corporales⁹⁵⁵. Lo anterior ha desencadenado en la discusión sobre el límite

954 Suele ser habitual que miembros que integran las barras ultras sean asociados a incidentes por delitos al tráfico de drogas o tenencia de armas. Sobre esto: Canal 24 horas Chile, reportaje “19 detenidos por tráfico de drogas armas y fuegos artificiales, investigan vínculos de banda con barra brava de Colo Colo” Se puede consultar en: <https://www.24horas.cl/nacional/19-detenidos-por-trafico-de-drogas-armas-y-fuegos-artificiales-investigacion-vinculos-de-banda-con-barra-brava-de-colo-colo-5028242>. (consultado por última vez 06/12/2021).

955 CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito*. 6ta ed. Ed. Tecnos. 2005. p. 324. En España existen algunas sentencias condenatorias relativas a conductas antideportivas (agresiones) catalogadas como delitos de lesiones: SAP Zaragoza 54/2012 de 18 de Abril (Roj 1099), ponente Carlos Lasala Albasini, SAP Zaragoza 235/2008 de 10 de julio de 2008 (Roj 1694), ponente José Ruiz Ramo, SAP Castellón 49-A/ 2000 de 22 de febrero (Roj 227), Ponente Fernando Tintore Loscos; sin embargo respecto a los caoss de lesiones imprudentes la jurisprudencia ha indicado que es difícil determinar la inobservancia del deber objetivo de cuidado en la práctica deportiva, sobre esto: SAP La Rioja 43/2002 de 8 de marzo (Roj 166), ponente María de las Mercedes Oliver Albuerne, SAP La Rioja 274/2005 de 8 de setiembre (Roj 316), ponente Alfonso Santisteban Ruiz, SAP Ourense 17/2005 de 28 de Marzo (Roj 203), ponente Ana María del Carmen Blanco Arce. Mientras que como sentencia condenatoria destaca la SAP Madrid 442/2011 de 29 de octubre (Roj 18943), ponente Jesús Eduardo Gutierrez Gomez.

entre una falta al reglamento de la disciplina deportiva y cuándo se podría imputar un delito de lesiones desde el ámbito penal⁹⁵⁶.

Pero más allá del fútbol, existen dos disciplinas deportivas muy relacionadas con lesiones y muertes en el deporte, en las que las condenas penales también son escasas: los deportes de motor (especialmente notable el caso de la *Formula 1*⁹⁵⁷) y los deportes de contacto (especialmente el boxeo). En el ámbito del boxeo no se puede olvidar el famoso mordisco de Mike Tyson a Evander Holyfield, Tyson le arrancó un pedazo de oreja a Holyfield, sin embargo y pese a ser una clara conducta contraria al reglamento y contraria a las normas jurídicas penales, no fue imputada por un fiscal. El boxeo profesional y semiprofesional registró más de 600 muertes en el siglo pasado. Para lograr determinar cuándo el Derecho penal debe intervenir, resulta necesario establecerse el riesgo inherente de la actividad, la aceptación del riesgo o una causa de justificación. Abordar estas preguntas conllevaría una tesis dedicada solo a eso y puede que no se llegue a una conclusión clara⁹⁵⁸.

956 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 102. Por ejemplo, el famoso caso de cuando Andoni Goikoetxea le fracturó el maléolo externo a Diego Maradona en el Camp Nou, en una entrada en donde no existió intención alguna de tocar el balón, el jugador vasco ni siquiera fue expulsado y Maradona no pudo jugar durante 106 días, en ese caso no se llegó a imputar un delito de lesiones, pese a que Goikoetxea afirmó públicamente antes del partido que Maradona “no acabaría el juego” (elemento que podría apreciarse como parte del elemento subjetivo del tipo). Si ese caso, pese a la gran cobertura mediática que recibió, no llegó a una imputación formal, pareciera difícil que otros casos que están en una zona “gris” o de mayor duda, pueden llegar a ser perseguidos penalmente. La entrada realizada por el jugador vasco al astro argentino se puede ver en el siguiente enlace de video: https://www.youtube.com/watch?v=N8_JYHtvTS8. (Consultado por última vez 20/10/2019).

957 en la F1 no podemos olvidar sucesos tan polémicos como el incidente que se ocasionó en el GP de Japón de 1990, penúltima carrera del campeonato y en la que se decidía al campeón de ese año entre Ayrton Senna y Allan Prost, el brasileño llegaba con una ventaja de puntos, así que si Prost no terminaba la carrera automáticamente Senna se convertiría en campeón, Senna saldría primero pero por decisión de los comisarios de la carrera tendría que salir por el lado “sucio de la pista”, Senna reclamó pero no se revirtió la decisión de los comisarios, por lo que Senna dijo antes de la carrera que si Prost le ganaba la posición antes de llegar a la primera curva él no cedería su posición, y así fue, ya que en la primer curva Senna no cedió a la hora de dar la curva pese a que Prost iba adelante ocasionando un accidente menor con Prost pero lo suficiente grave para que ninguno de los dos vehículos pudiera continuar la carrera y Senna fuera consagrado campeón, sin ningún tipo de consecuencia disciplinaria para Senna pese a poner en un claro peligro la vida de ambos y pese a existir elementos subjetivos para imputar por lo menos una imprudencia. Adicionalmente no se puede olvidar el fin de semana más duro para la historia de la F1 como lo fue el Gran Premio de San Marino de 1994, en donde en poco más de veinticuatro horas murieron Roland Ratzenberger en la clasificatoria del sábado y el mítico tres veces campeón del mundo el brasileño Ayrton Senna en plena competencia.

958 Uno de los pocos casos enigmáticos para el Derecho penal (aunque aplicada de forma autoritaria por un dictador) sucedió en la antigua copa Intercontinental de 1969 que jugaban el campeón de Europa y el campeón de Sudamérica, en este caso fue Estudiantes de Argentina contra el Milán FC de Italia, en el partido de ida en Milán los aficionados italianos recibieron con lanzamiento de objetos a los argentinos, en el partido de vuelta que se jugó en la bombonera, la situación fue desastrosa, con 4 jugadores expulsados, dos por equipo, una de ellas producto de un codazo en el pómulo contra el jugador Néstor Combin (argentino nacionalizado francés) agresión que le deformaría su cara; cuando el partido terminó a favor del Milán un jugador argentino irrumpió la celebración agrediendo con una patada a otro jugador lo que llevo a que la policía debiera interceder. Combin con la cara deformada fue detenido por supuestamente no haber prestado servicio militar antes de haber abandonado Argentina pasando doce horas en comisaria hecho que luego fue aclarado y puesto en libertad, mientras que el Juan Carlos Onganía presidente de facto de Argentina aplicó un edicto que le permitía enviar a prisión por 29 días a sujetos que participaran en hechos de alteración del orden público, incitación a la violencia o riña, por lo que cuatro jugadores de Estudiantes fueron enviados a prisión 29 días debido a las agresiones que realizaron ese día. Pero este caso es un supuesto atípico además de que no existió un debido proceso penal para asignar una pena, fue la decisión unilateral de un jefe de estado – militar y de facto. Sobre esto Diario El País: “tres jugadores a la cárcel por barbaros”.

Según lo analizado, se puede afirmar en términos generales que al ocasionarse una lesión en el ámbito deportivo solamente algunos supuestos excepcionales llegan a la jurisdicción penal⁹⁵⁹. Por ejemplo, en la jurisprudencia española existen pocos casos en donde se condenó por delito de lesiones en el deporte, especialmente en el fútbol⁹⁶⁰. Sin embargo, previo a realizar una imputación penal en el deporte resulta necesario analizar la normativa deportiva; por ejemplo, en el boxeo el intercambio de golpes entre competidores es el objeto mismo del deporte, mientras que en una carrera de F1 observar a dos pilotos bajarse de sus vehículos para intercambiar golpes es una actitud sumamente reprochable, castigada por el reglamento y que podría ser castigada también por el Derecho penal, aunque no suele suceder. Ante esa realidad se han desarrollado varias teorías para justificar la ausencia de responsabilidad penal en el ámbito de las lesiones deportivas:

- I. **La teoría del consentimiento:** parte de que todo deportista acepta el peligro inherente al deporte que practica, incluida la posibilidad de lesionarse, sin embargo, pese a aceptar el peligro, no significa que preste su consentimiento para ser lesionado, además de que el tipo penal de lesiones no prevé el consentimiento como exención de la responsabilidad penal⁹⁶¹.
- II. **La teoría de la adecuación social** y el principio de insignificancia del hecho: puede ser utilizada para justificar la ausencia de responsabilidad penal por lesiones deportivas, partiendo de que una gran cantidad de actividades que toda persona realiza a diario son peligrosas, pero perfectamente lícitas por lo que debe establecerse una exclusión de la tipicidad penal.
- III. **La teoría del riesgo permitido:** para que una conducta sea punible desde el punto de vista penal debe existir un riesgo no permitido, es decir, las lesiones deportivas no serían punibles a menos que se sobrepase el riesgo permitido o previamente asumido como normal dentro del deporte⁹⁶². En el caso de Estados Unidos esta doctrina ha sido llevada al extremo de

Madrid, España. 17 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2017/12/17/actualidad/1513530606_935283.html?id_externo_rsoc=FB_CM. (Consultado por última vez 20/10/2019).

959 GARCÍA VALDÉS, Carlos. “Responsabilidad por lesiones deportivas”. Anuario de Derecho penal y ciencias penales. Tomo 46. Fas/mes 3. 1993. pp. 965 y 966.

960 SAP de Cádiz 126/2001 (ROJ. 2188) de 27 de julio, ponente Manuel Gutiérrez Luna. Y SAP de Madrid 449/2008 (ROJ. 5251) de 13 de mayo, ponente María Jesús Coronado Buitrago.

961 SAP Castellón 49/2000 de 22 de febrero de 2000, ponente Fernando Tintore Loscos.

962 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 1060 y 1061; CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito*. 6ta ed. Ed. Tecnos. 2005. p. 325.

aceptar como posible riesgo que un jugador al batear en béisbol pueda lanzar el bate y golpear al lanzador⁹⁶³.

IV. **Causa de justificación por el ejercicio legítimo de un derecho u oficio:** en este caso el derecho a realizar la actividad deportiva.

V. **La teoría del fin reconocida por el Estado** (propuesta por VON LISZT): que reconoce los golpes y lesiones deportivas están aceptadas por el Estado al regular esta actividad deportiva, por lo que no existe lesión al bien jurídicamente protegido⁹⁶⁴.

VI. **Teoría de las normas de cultura:** se considera parte de la cultura de los pueblos civilizados modernos los juegos violentos, la lucha y golpes por lo que se encuentran culturalmente aceptadas⁹⁶⁵.

VII. **Teoría consuetudinaria:** analiza desde el punto de vista de que la costumbre extiende la causa de justificación más allá de donde existe el consentimiento del deportista, siendo por lo tanto una excusa absolutoria⁹⁶⁶.

VIII. **Teoría del caso fortuito al no existir intensidad dañosa:** se debe demostrar que el deportista ha realizado su conducta con la debida diligencia y que se ha ocasionado un mal por mero accidente⁹⁶⁷.

Sin embargo, de acuerdo con el art. 83.1 LD, queda a criterio de los órganos disciplinarios deportivos competentes, decidir si comunican al Ministerio Fiscal las infracciones deportivas que pudieran revestir carácter de delito para su eventual investigación. Otro aspecto importante a tener en cuenta es que, en general, el Derecho penal se ha mantenido al margen o no ha intervenido con la dureza que debería en estos temas desde el punto de vista práctico, limitándose su intervención casi siempre a casos de violencia por parte de aficionados especialmente por barras bravas o *hooligans*, característica del ámbito deportivo que se analizará más adelante.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas los casos de Derecho penal clásico no representan ningún aspecto importante, ya que no existen delitos de esta índole,

963 STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009. p. 61.

964 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. pp. 109-110.

965 Ibidem. p. 112.

966 SAP Castellón 49/2000 de 22 de febrero de 2000, ponente Fernando Tintore Loscos.

967 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. pp. 113-114; y CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho penal español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito*. 6ta ed. Ed. Tecnos. 2005. p. 324.

que puedan generar responsabilidad penal a clubes deportivos (salvo en Inglaterra de acuerdo con el *corporate manslaughter*). Sin embargo, desde la perspectiva de los programas de *compliance* son aspectos que deben tomarse en consideración, especialmente destaca la prevención de la violencia y la expulsión de forma permanente de aficionados violentos y que en los últimos años han cobrado especial notoriedad debido a enfrentamientos entre grupos radicales en el contexto de grandes eventos deportivos como la Eurocopa de Francia 2016 y la latente amenaza terrorista yihadista, en Europa, que literalmente ha tocado las puertas de los estadios deportivos⁹⁶⁸.

Tercera etapa: Derecho penal moderno y corrupción en el deporte profesional. Las grandes sumas de dinero que mueve el deporte, la falta de transparencia y los pocos medios de control (factores criminógenos) convierten al ámbito deportivo en terreno vulnerable para que florezcan la corrupción y los delitos económicos y para que sea penetrado por el crimen organizado⁹⁶⁹. Las conductas delictivas que se han identificado en el ámbito deportivo no solo afectan directamente las buenas intenciones del deporte, sino las hacen desaparecer. Autores como HAAS y HEALEY consideran que al desarrollarse conductas que afecten directamente características elementales del deporte, se estará ante una afectación al núcleo mismo del deporte y, por lo tanto, deben ser merecedoras de un castigo disciplinario y en el peor de los casos de un castigo penal⁹⁷⁰, para evitar así que las buenas intenciones desaparezcan.

En el año 2014, Naciones Unidas identificó varias conductas peligrosas catalogadas como los riesgos (penales) inherentes al ámbito deportivo, entre estos se encuentran: dopaje; amañeo de partidos; problemas derivados de las apuestas; racismo y xenofobia; decisiones mal tomadas en entidades deportivas (fraudes, delitos societarios, etc.); violencia; riesgos de la salud para atletas; abusos sexuales; delito fiscal; blanqueo de capitales, entre otros⁹⁷¹. Como se puede observar, existe una gran similitud entre los riesgos identificados por Naciones Unidas los delitos por lo que puede

968 El 13 de noviembre de 2015 se disputada el partido Francia vs. Alemania en el *Stade de France*, ese día ocurrieron 6 ataques en distintas zonas de París, incluido una explosión a tan solo metros del estadio donde se disputaba el partido. Los ataques ocasionaron 137 personas fallecidas y 415 heridos. La selección alemana durmió en el estadio esa noche. Y el 22 de mayo de 2017 a la salida del estadio *Manchester Arena* después de un concierto de Ariana Grande se produjo un atentado suicida con bomba que mató a 22 personas incluido el terrorista e hirió 116 personas.

969 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry". en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 424.

970 HEALEY, Deborah. "The myth of the level playing field in sport", en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p 4.

971 United Nations Global Compact. "Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies". 2014. p. 12.

responder penalmente una persona jurídica en España y el concepto de corrupción propuesto en el presente trabajo.

Se ha identificado, que uno de los principales factores que origina la corrupción en el deporte, son las deficientes estructuras organizativas que operan el deporte a nivel nacional, internacional y mundial; organizaciones de todos esos niveles se han visto envueltas en escándalos de corrupción en los últimos años, e incluso BERTACCINI BONOLO considera que el fenómeno de la corrupción en el deporte está mucho más extendido de lo que realmente se llega a apreciar⁹⁷².

La corrupción en el deporte tiene efectos muy graves, pues no solo afecta las competiciones deportivas, sino que también tiene efectos económicos graves para aficionados, clubes, patrocinadores, apostadores, incluso para los propios Estados; además, el deportista o directivo deportivo corrupto no dejará de ser corrupto hasta que sea descubierto⁹⁷³. Debido a que, quienes deben tomar la decisión de hacer trampa o cometer un delito saben que la corrupción, especialmente en el deporte, es un fenómeno muy difícil de detectar y, aún más complicado, es la tarea de lograr individualizar las conductas criminales desde el punto de vista de un proceso penal⁹⁷⁴; lo anterior debido a que existen una serie de características que dificultan la detección de hechos delictivos dentro del deporte, entre ellas, el poco control de los clubes profesionales, poco control sobre los deportistas y poca colaboración de las autoridades deportivas para castigar las conductas. Todo esto plantea un escenario de impunidad en el ámbito deportivo. Una forma de combatir esos escenarios de impunidad es la creación de tipo penales específicos para el ámbito deportivo, pero sobre todo la posible aplicación de responsabilidad penal a entidades deportivas.

Ahora bien, no se puede ignorar que desde el punto de vista meramente deportivo, existe un aspecto importante que puede propiciar la corrupción estrictamente competitiva (es decir que los deportistas traten de mejorar sus resultados mediante el uso de dopaje o amañando competencias) y es la presión a la que están sometidos los deportistas: la competencia cada vez es mayor, cada

972 BERTACCINI BONOLO, Paolo. “Análisis de la correlación entre deporte y corrupción desde una perspectiva transdisciplinar” Encuentros multidisciplinares. Vol. 13, No. 39, 2011. p. 49.

973 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. 2:2. 2014., p. 112.

974 BERTACCINI BONOLO, Paolo. “Análisis de la correlación entre deporte y corrupción desde una perspectiva transdisciplinar” Encuentros multidisciplinares. Vol. 13, No. 39, 2011. p. 50.

vez hay más y mejores deportistas a los que enfrentarse, además de que la carrera deportiva de alto nivel dura unos pocos años o incluso se limite a una sola competición específica⁹⁷⁵.

7. Entidades deportivas profesionales como sujetos penalmente responsables

Llegado a este punto es importante analizar la viabilidad de que las entidades deportivas tengan o no responsabilidad penal; es necesario no solo entender que las federaciones deportivas, las ligas profesionales y los clubes deportivos son personas jurídicas en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, incluidos el español, francés, inglés, estadounidense y suizo ⁹⁷⁶.

En España las federaciones, las ligas profesionales y los clubes deportivos tienen una organización jurídica especial, que se analizará a continuación. Anteriormente, los clubes deportivos eran consideradas asociaciones privadas con personalidad jurídica propia, su único objetivo era el fomento y la práctica de la actividad física y deportiva sin fines de lucro, figura que en la actualidad tendría sentido para un club deportivo pequeño o amateur, pero con el crecimiento del ámbito deportivo y su profesionalización y mercadeo especialmente del fútbol que en primer término llevo a un importante endeudamiento de muchos de los clubes deportivos; el derecho estaba en la obligación de dar una figura legal adecuada para los clubes deportivos y el cambio hacia grandes empresas que es lo que son hoy en día⁹⁷⁶. Es por esto que se promulgó la LD, que obligó en primer lugar a los clubes deportivos a transformarse o ser constituidos como SAD para poder participar en las ligas profesionales, mientras que el art. 12 LD estableció que: 12.1 *A los efectos de la presente Ley, las Asociaciones deportivas se clasifican en Clubes, Agrupaciones de Clubes de ámbito estatal, Entes de Promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas Profesionales y Federaciones deportivas españolas, y en el inciso 4: Las denominaciones de Sociedad Anónima*

⁹⁷⁵ Incluso en algunos casos la presión está relacionada con la preparación académica de los deportistas, lo que ha provocado que se den casos de “*academic frauds*”, principalmente en EEUU, en donde los estudiantes en *College* o en la Universidad deben balancear su práctica deportiva amateur (y previa a la profesional) con un rendimiento académico mínimo para poder seguir disfrutando de becas deportivas. Artículo en FCPA Blog, “Notre Dame investigates academic cheating by football players”. De 22 de agosto de 2014, se puede consultar en: <http://www.fcpablog.com/blog/2014/8/22/notre-dame-investigates-academic-cheating-by-football-player.html>. Sumado a este tipo de fraude se ha detectado el fraude de ingreso a universidades, en los que se incluía el pago de sobornos para que los hijos de millonarios fueran aceptados en importantes universidades de Estados Unidos de América, en muchos de los casos los hijos eran admitidos mediante becas deportivas pese a que ni siquiera practicaban el deporte por el cual recibieron la beca.

⁹⁷⁶ CAZORLA, L/ BLEIN, A. “Las sociedades anónimas deportivas. Legislación concursal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 400-401.

Deportiva, Liga Profesional y Federación deportiva española se aplicarán, a todos los efectos, a las Asociaciones deportivas que se regulan en la presente Ley. Asimismo, el art. 19 LD establece que las SAD estarán sujetas al mismo régimen jurídico que las sociedades anónimas y serán entidades privadas, aunque ejercen una función pública por delegación estatal⁹⁷⁷, con las consecuencias legales que esto puede llevar, incluido en el ámbito jurídico penal⁹⁷⁸.

Autores como CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO y BLEIN CUADRILLERO consideran a las SAD's como un subtipo de sociedad, que por su naturaleza permite adaptarse a entidades deportivas⁹⁷⁹, pero con cierta limitación, ya que su objeto social se limita a la participación en competiciones deportivas profesionales, su promoción y desarrollo de actividades deportivas, así como la explotación económica que de esa se derive⁹⁸⁰.

La regulación de las SAD's en la legislación española ha permitido dotar a los clubes de una persona jurídica acorde a las actividades deportivas, sin embargo, lo cierto es que no todas las entidades deportivas comprenden la naturaleza mercantil de las SAD's y las obligaciones derivadas. Lo anterior ha tenido como consecuencia un mal manejo económico de diversos clubes deportivos especialmente de fútbol profesional, que en muchos casos han tenido como efectos que los clubes se vean inmersos en procesos de concurso de acreedores o incluso en procesos penales debido a malas o fraudulentas decisiones tomadas en su seno; para evitar lo anterior las federaciones deportivas han establecido controles de solvencia económica para los clubes (*fair play económico*)⁹⁸¹, que pueden considerarse mecanismos específicos de *compliance* para el ámbito deportivo.

977 GARCÍA CABA, Miguel María. "Las entidades del deporte profesional: las ligas profesionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 359-361. El autor distingue que la naturaleza jurídica de las SAD's han generado discusión en la doctrina, ya que algunos autores las consideran corporaciones públicas creadas por mandato.

978 Pese a lo claro de la Ley del Deporte, lo cierto es que no todas las ligas deportivas se rigen por dicho instrumento legal; los casos del fútbol sala y balonmano han despertado importante discusión, ya que no son consideradas ligas profesionales y por ende no ostentan la obligación de ser SAD, la Liga Nacional de Fútbol Sala y la ASOBAL son asociaciones con personalidad jurídica propia y sin fines de lucro, es decir mantienen la figura jurídica previa a la creación de las SAD; sin embargo el ordenamiento plantea la posibilidad de que se conviertan a SAD con un procedimiento que se encuentra debidamente regulado. Aspecto que no importa al Derecho penal ya que con solo ostentar personalidad jurídica se convierten en entidades penalmente responsables.

979 CAZORLA, L/BLEIN, A. "Las sociedades anónimas deportivas. Legislación concursal y deporte", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 400.

980 Ibidem. p. 402. Adicionalmente, su conformación es distinta ya que se le exime del nombramiento de dos administradores solidarios para únicamente estar formada por un consejo de administración, nombrado por un número de miembros determinado según el estatuto. El consejo de administración debe cumplir tanto las obligaciones de cualquier consejo de administración empresarial como las obligaciones deportivas que son asignadas por la Ley del Deporte.

981 Ibidem. pp. 424-427.

Retomando la viabilidad de imputar penalmente a las entidades deportivas, las figuras jurídicas utilizadas por las entidades deportivas profesionales en España permiten la imputación penal de las mismas de acuerdo con el código penal. Esta imputación no es solo una posibilidad, sino que es una realidad. Es importante recordar, que una de las primeras sentencias en contra de una persona jurídica en España, concretamente la SAP Barcelona de 11 de julio de 2016 fue una sentencia de conformidad pactada por el FC Barcelona por la comisión de dos delitos fiscales en el llamado caso Neymar I. Este caso planteó varios elementos destacables: 1. Fue la primera sentencia en contra de una empresa no “pantalla” en un procedimiento penal en España; 2. El acuerdo alcanzado únicamente conllevó la condena del club como persona jurídica, ninguno de las personas físicas que venían siendo investigadas fue condenada, en base a que cuando fueron imputadas ya se había procedido a la regularización; 3. Únicamente se impuso una pena de multa al club, no se aplicaron sanciones de intervención.

Para este estudio, la mencionada sentencia adquiere relevancia por dos razones fundamentales. En primer término, evidencia la posibilidad real de que las entidades deportivas profesionales sean objeto de condena penal, subrayando la importancia de la aplicación rigurosa de la ley en este ámbito. En segundo lugar, plantea la posibilidad de que el FC Barcelona se convierta en la primera entidad jurídica condenada de forma reincidente en el ámbito penal⁹⁸². Este escenario se desprende del hecho de que el club enfrenta múltiples procesos penales actualmente. En la sentencia, el tribunal hace mención a que en el momento de los acontecimientos objeto de la condena, el Barcelona carecía de un programa de cumplimiento normativo (*compliance*). Sin embargo, es importante destacar que, para el momento de dictar la sentencia, el club ya había implementado un programa de *compliance* que se ajustaba a los parámetros establecidos por el código penal. Esta medida contribuyó a mitigar la multa impuesta por el tribunal.⁹⁸³

Por lo tanto, los clubes deportivos, las SAD's y las ligas profesionales sí pueden y ya han sido declarados sujetos penalmente responsables en el ordenamiento español, por los hechos delictivos cometidos en su seno y en su beneficio directo o indirecto de acuerdo con la legislación española vigente, y he ahí la justificación de centrar el presente trabajo en su análisis. Únicamente existe la

982 Adicionalmente fue un caso que me motivó a seleccionar el tema de tesis doctoral.

983 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 153.

discusión respecto a si las federaciones deportivas pueden ser penalmente responsables, debido a que si bien la LD las define como entidades privadas lo cierto es que ejercen funciones públicas delegadas por la Administración Pública⁹⁸⁴.

Esa amenaza real de imputación penal de la persona jurídica el ámbito deportivo plantea la necesidad de que las entidades deportivas profesionales procedan a implementar controles que garanticen su transparencia⁹⁸⁵, de manera que, la autorregulación regulada por medio de programas de *compliance* en el ámbito deportivo es una herramienta no solo útil sino también necesaria; pero el deporte profesional es un ámbito único, en virtud de las características específicas que lo definen. Por estos motivos resulta importante para el presente trabajo, entenderlo mejor el sector y especialmente identificar y analizar con profundidad las características que pueden tener incidencias negativas desde el punto de vista criminógeno y por ende incidir desde el punto de vista penal.

8. Factores extrapenales como elementos criminógenos

Como se ha evidenciado en análisis previos, el entorno del deporte profesional ha emergido como un escenario cada vez más propenso para la perpetración de actos ilícitos. La imputabilidad penal de las entidades jurídicas en este ámbito es una realidad palpable que ha impactado a diversas organizaciones deportivas, señalando así la entrada del Derecho penal en este dominio sin reticencias. Este fenómeno implica que los programas de *compliance* en el sector deportivo deban de empezar a tomarse con la seriedad que conllevan en otros ámbitos económicos. Pero previo a poder establecer los elementos básicos de un programa de *compliance* en el ámbito deportivo es necesario conocer y comprender los riesgos específicos que destacan en el ámbito deportivo. En este contexto, se analizarán una serie de factores extrapenales que aumentan el riesgo de comisión de delitos en el ámbito deportivo.

984 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”, en BAJO, M/FEIJOO, B/ GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 65.

985 HOLDEN, Russel. “Politics and sport governance”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 100.

8.1 Dinero

El deporte profesional se ha convertido en un ámbito que, desde el punto de vista criminológico, es propicio para la comisión de hechos delictivos, motivado especialmente por la principal razón que lleva a la gran mayoría de personas a delinquir⁹⁸⁶, intereses económicos, pero con la particularidad que en el ámbito deportivo también puede ir de la mano de logros deportivos. El mundo del deporte no ha escapado a la globalización ni a la comercialización en masa especialmente desde que importantes marcas deportivas como *Puma*, *Adidas*, *Reebok* o *Nike* incursionaron en el negocio deportivo⁹⁸⁷; adicionalmente la profesionalización del deporte ha tenido un importante impacto en las ganancias económicas, que crecen año con año y pareciera que no tienen límite.

El fenómeno de crecimiento económico (comercialización) de los deportes es algo relativamente nuevo⁹⁸⁸, por ejemplo, el gran crecimiento del fútbol profesional y específicamente de la FIFA se dio a partir del año 1974, cuando su entonces presidente Joao Havelange firmó un contrato con la marca alemana *Adidas* como patrocinador principal de la Copa Mundial a cambio de una importante suma de dinero. Adidas sigue siendo el patrocinador de la FIFA hasta el día de hoy⁹⁸⁹. Este primer contrato de patrocinio inicio una tendencia que ha sido copiada en todos los deportes, contribuyendo de esta forma a aumentar los recursos económicos con los que disponen los clubes y federaciones de forma exponencial. Por supuesto, la sociedad más capitalista del mundo tomó el modelo de explotación del deporte y lo llevó al extremo, la explotación de los contratos de patrocinio y el *marketing* en las ligas profesionales deportivas en Estados Unidos de América (MLB, NHL, NFL, NBA) generan billones de dólares al año ⁹⁹⁰.

Las entidades deportivas han logrado apreciar la habilidad de las marcas deportivas para administrar, mercadear y vender la marca a una escala global, por lo tanto, han optado por ceder la

986 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 89.

987 ANDREWS, D/BATTS-MADDOX, O. "Global sport: Impact on corporations and institutions", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 21; y en el mismo libro: EDWARDS, Jonathon "Brand sport management in sport". p. 381.

988 ANDERSON, Jack. "The juridification and criminalisation of doping: time to revive the spirit of sport?", en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p. 254.

989 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 290.

990 En 2009 generaron más de 213 billones de dólares al año WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 3.

explotación de sus derechos de imagen a estas marcas a cambio de una retribución económica determinado por temporada⁹⁹¹. Sin embargo, esa no es la única fuente de financiación, ya que se pueden identificar otras fuentes de financiación en el deporte, como lo son: transferencia de jugadores, *merchandising*, derechos de transmisión, hospitalidades, alquiler de instalaciones, servicios especializados, visitas y tours a los estadios y museos, inversiones, venta de nombres de los estadios y por supuestos patrocinadores⁹⁹².

Todas estas formas de generar ingresos han permitido que algunos deportes hayan crecido de forma relevante en cuestión de unos cuantos años, tal es el caso de MMA que en poco más de dos décadas de existir ha evolucionado a convertirse en un deporte que mueve cientos de millones de dólares en mercadería y en eventos mediante el concepto de *Pay Per View* (pago por evento), incluso llegando a superar y a poner en crisis al boxeo. Sin embargo, un crecimiento tan acelerado en tan poco tiempo ha tenido importantes consecuencias desde el punto de vista de administración, de buen gobierno corporativo e incluso desde el punto de vista disciplinario⁹⁹³.

Este crecimiento económico ha llevado a que el deporte profesional sea considerado una parte muy importante de la industria del espectáculo, requiriéndose para poder hacer frente a esta nueva industria la implementación de una infraestructura empresarial⁹⁹⁴. Los grandes clubes deportivos del mundo llegan a facturar cientos de millones de euros y algunos hasta billones de euros⁹⁹⁵. Sin embargo, el problema radica en que las grandes entidades deportivas profesionales no han adoptado

991 EDWARDS, Jonathon “Brand sport management in sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. pp. 382 y 383; el *top ten* de las marcas deportivas con mayor valor está compuesto por: NIKE, ESPN, Adidas, Sky Sports, Gatorade, Reedbok, Under Armour, EA Sports, YES Network y Madison Square Gardens todas menos las últimas tres con valor superior al billón de dólares.

992 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 7; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”. en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 286; y WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 12. Respecto a los pagos por nombre de estadios este último autor menciona que los contratos para incorporar nombres de patrocinadores en Estados Unidos llegan hasta los \$400 millones por contratos de hasta 27 años.

993 En la MMA no existía claridad respecto a los reglamentos aplicables, ni tampoco existe una federación de este deporte, sino que existe una empresa privada que lo controla (Zuffa LLC). Sobre esto: REID, P/MASON, D. “The commercialization of sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 25. 10 importantes clubes deportivos desafiaron a la UEFA al intentar crear una superliga europea en la que les pagaran mejores derechos de transmisión. La UEFA sancionó a los clubes y estos se terminaron arrepintiéndose. Canal DW. Artículo “*nueve clubes arrepentidos de la Superliga aceptan multas de la UEFA*”. Alemania. 08 de mayo de 2021. Se puede consultar en <https://p.dw.com/p/3t8AE>. (Consultado por última vez 06/06/2021).

994 VALLS PRIETO, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. (11-14). 2009. p. 15; y SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 410.

995 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal”, en BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 745.

el mejor modelo organizativo para administrar adecuadamente su actividad económica. Esto aumenta el riesgo de comisión de hechos delictivos en el marco de estas organizaciones.

Una gran fuente de ingresos en el ámbito deportivo, son los derechos de transmisión televisivos de las competencias deportivas, forma de explotación comercial única del ámbito del entretenimiento. Los derechos de transmisión pueden llegar a generar miles de millones de euros; por ejemplo, Bernie Ecclestone, presidente de la F1 hasta el año 2020, obtuvo su fortuna de varios miles de millones de euros gracias a un criticado pero lucrativo negocio con los derechos de transmisión de la máxima competición de motores⁹⁹⁶. Los más importantes eventos deportivos son seguidos por cientos de millones de personas⁹⁹⁷, en el ámbito de fútbol la FIFA, por ejemplo, las confederaciones, las federaciones y los clubes pueden explotar los derechos de transmisión de los partidos⁹⁹⁸, obteniendo las mismas un importante lucro, pero también como se verá más adelante generar un importante riesgo penal, como sucedió en el caso FIFA Gate.

Abordando la vertiente estrictamente económica, con el propósito de evaluar adecuadamente el peso que el deporte puede alcanzar en la economía, se estima que la industria deportiva representa un 3.65 % del Producto Interno Bruto (PIB) de la Unión Europea, generando quince millones de empleos de manera directa. Además, aproximadamente una cuarta parte del total de las pernoctaciones de turistas en la Unión Europea guardan relación con actividades deportivas⁹⁹⁹. Adicionalmente, el negocio se ha internacionalizado, ya que existe una tendencia a la expansión a

996 Mientras que Chuck Blazer durante su mandato como Secretario General de la Concacaf ganaba un 10% de todo contrato que firmará la confederación, aunque esta retribución estuviese únicamente en un contrato válido hasta el año 1998 posterior a esa fecha Blazer siguió ganando ese 10% de cada contrato, lo que solo en el año 2011 le significó \$4.2 millones de dólares. Sobre esto: BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. pp. 75 y 100.

997 Ibidem. p. 6; Por ejemplo, el más contrato de transmisión de la liga de NFL incluido el Superbowl entre los años 2014 a 2022 es por un monto de \$39.6 billones de dólares. un ejemplo de lo anterior es el Super Bowl de la NFL, evento que registra más de ciento diez millones de espectadores durante su transmisión.

998 Reglamento de aplicación del Art. 49 de los estatutos de la FIFA, artículo 1. En: NAVARRO DEL VALLE, Hermes. *Compendio de legislación deportiva. Fútbol. Normas que rigen el fútbol*. Ed. Investigaciones Jurídicas. 2000. p. 285; BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 136. Incluso los derechos de transmisión de un mismo evento puede ser vendido a varias empresas, por ejemplo en la Copa Mundial de la FIFA los derechos son vendidos de acuerdo al país o territorios, por ejemplo para las Copas Mundiales de 2010 y 2014, ESPN pagó 100 millones de dólares para transmitir el evento en EEUU, mientras que Univisión pagó 325 millones de dólares para transmitirlo en los países de habla hispana de Latinoamérica, mientras que TV Globo pagó 340 millones de dólares para transmitirlo dichos eventos solo en Brasil.

999 BERTACCINI BONOLO, Paolo. "Análisis de la correlación entre deporte y corrupción desde una perspectiva transdisciplinar" Encuentros multidisciplinares. Vol. 13, No. 39, 2011. p. 51 y Comisión Europea. "Libro blanco sobre el deporte". Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2007. p. 20.

otros mercados, especialmente asiáticos y árabes¹⁰⁰⁰, lo cual ha aumentado las ganancias de las entidades deportivas de forma considerable pero también los ha expuesto a nuevos riesgos.

Sin embargo, no toda la financiación del deporte proviene de fuentes privadas, debe recordarse que los Estados tienen una importante participación en la promoción del deporte como herramienta para fomentar la educación, cultura y la salud de los atletas, por lo que una porción de la financiación especialmente de grandes eventos deportivos proviene de la administración pública. Para lograr patrocinar el deporte, los Estados suelen establecer impuestos a las loterías o apuestas, así como la disminución fiscal (o exención) de ciertos bienes y servicios directamente relacionados con la promoción del deporte¹⁰⁰¹.

No hay duda de que el deporte profesional ha sido muy exitoso desde el punto de vista económico, especialmente el fútbol profesional europeo o la misma FIFA; no obstante, este crecimiento económico de las entidades deportivas se ha producido mediante el viejo esquema de la primera etapa del capitalismo (lucrar a como dé lugar), sin haber dado el salto a la nueva era empresarial en que sus actividades se rigen por la ética, la transparencia y la gobernanza; es por esto que entidades como la FIFA han tenido un importante crecimiento económico y de poder (especialmente desde la década de 1980) pero las sombras de la falta de transparencia y los escándalos de corrupción han acompañado esta evolución económica¹⁰⁰².

En otro orden de consideraciones, es crucial resaltar que los atletas de élite pueden suscribir contratos de cuantía considerable tanto con sus equipos como con sus patrocinadores en el ámbito de los deportes colectivos, así como recibir premios substanciales al conquistar torneos, junto con contratos de patrocinio de igual importancia. No obstante, la carrera profesional en el ámbito deportivo tiende a tener una duración máxima de alrededor de 20 años en la mayoría de disciplinas, lo que conlleva a que los deportistas se enfrenten al retiro aproximadamente entre los 35 y 40 años sin ingresos significativos, situación agravada por el nivel educativo generalmente bajo y la falta

1000 YI, Jiandong. "Sport Policy", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 182.

1001 Comisión Europea.. "Libro blanco sobre el deporte". Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 2007. p. 23.

1002 Entrevista realizada al Prof. Dr. Dr. h.c. Mark Pieth, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA -2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza.

de previsión e inversión para el futuro por parte de muchos deportistas, lo que ha resultado en que numerosos retirados se encuentren en una situación de bancarrota¹⁰⁰³. Aunque son escasos los deportistas profesionales que han logrado mantener e incluso incrementar su estabilidad financiera tras su retiro, posiblemente el ejemplo más destacado sea el de Michael Jordan, quien durante su carrera deportiva acumuló \$94 millones en salarios, pero actualmente su patrimonio se estima en aproximadamente \$1.6 billones de dólares¹⁰⁰⁴.

Una tendencia relevante que ha ganado popularidad entre los jugadores y clubes es la creación de organizaciones no gubernamentales (ONG) que llevan su nombre, supuestamente dedicadas al patrocinio de actividades benéficas. Estas entidades suelen recibir cuantiosas sumas de dinero de parte de clubes, otros jugadores o individuos particulares. Sin embargo, a pesar de manejar en algunos casos millones de euros, carecen de cualquier tipo de supervisión en cuanto a la gestión de los fondos que reciben. Es decir, no están sujetas a auditorías ni presentan informes públicos que den cuenta del destino de los recursos financieros. Por ejemplo, se ha puesto en entredicho a ciertos deportistas por utilizar ONG como medio para desviar fondos provenientes de patrocinios hacia cuentas en países con regímenes fiscales favorables, tales como Belice, Uruguay y Luxemburgo¹⁰⁰⁵. Estos países son conocidos por su fiscalidad reducida y su uso típico en estrategias de evasión fiscal¹⁰⁰⁶. En los Estados Unidos, ya se han emitido sentencias

1003 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 124. Dicho autor indica que 3 de cada 5 exfutbolistas ingleses están en la bancarrota; pero no son los únicos deportistas en bancarrota, Mike Tyson quien ganó 400 millones de dólares en su carrera deportiva se encuentra en la bancarrota y mal vive en Las Vegas, otros ejemplos son: el extenista Boris Becker, Vince Young ex NFL, Antoine Walker, Allen Iverson ambos ex NBA, solo por citar algunos. Se estima que el 78% de los jugadores de la NFL y 60% de la NBA se declara en bancarrota en los primeros 5 años de su retiro. Sobre esto: <https://www.msn.com/en-ca/sports/more-sports/sports-stars-whove-gone-bankrupt/ss-BBImLiX#image=1> <http://www.munknee.com/78-of-nfl-players-go-bankrupt-within-5-years/>. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Alex Rodríguez, uno de los máximos jugadores de béisbol de todos los tiempos pasó de cobrar 30 millones de dólares americanos por temporada a cobrar menos de dos millones por año cuando se retiró.

1004 Jordan está dentro de las 500 más ricas de Estados Unidos de América. Canal Business Insider: “Michael Jordan: how the richest NBA player ever spends his \$1.65 billion”. 10 de octubre de 2018. Nueva York, Estados Unidos de América. Se puede consultar en: https://www.businessinsider.com/how-michael-jordan-spends-his-money-2015-3?utm_content=buffer36971&utm_medium=social&utm_source=facebook.com&utm_campaign=buffer-bi&fbclid=IwAR1chqY-lqbhcwVs8ONsRglS8Q57ELrFMx1s2fbTK-L24eIEEsylPQZpjME. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1005 Reportaje del diario ABC, “La fundación Messi desvió ingresos a Belice, Uruguay y Luxemburgo”, de 27 de junio de 2017. se puede consultar en: http://www.abc.es/deportes/futbol/abci-fundacion-messi-desvio-ingresos-belice-uruguay-y-luxemburgo-201706270337_noticia.html?ns_campaign=rrss&ns_mchannel=abc-es&ns_source=fb&ns_linkname=cm-general&ns_fee=0. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1006 STS 374/2017 del 24 de mayo de 2017. En su sentencia, el Tribunal Supremo indicó que la ingeniería fiscal utilizada por los asesores fiscales de Messi incluía sociedades en países considerados como paraísos fiscales (Uruguay y Belice), además de que utilizó su ONG con el objetivo de mantener fuera del foco de la Agencia Tributaria Española.

condenatorias, mediante acuerdos de conformidad, en casos de delitos fiscales relacionados estrechamente con ONG vinculadas a jugadores de la NBA y la NFL¹⁰⁰⁷.

Al igual que los deportistas, algunos entrenadores también reciben grandes retribuciones económicas, pero también los directivos, por ejemplo, antes del famoso caso FIFA Gate, no se conocía cuanto ganaban los máximos jerarcas de esa entidad; la FIFA tuvo que ordenar una investigación interna para lograr determinar esos datos. Dicha investigación determinó que en un periodo de cinco años, Joseph Blatter, Presidente en ese entonces de la FIFA, el entonces Secretario General, Jérôme Valcke, y el Vicesecretario General y Jefe Financiero de la FIFA, Markus Kattner, se repartieron 79 millones de francos suizos, correspondientes a bonos por organización de la Copa del Mundo y otros pluses salariales, algo que no estaba estipulado en sus contratos y que además deja en evidencia los inexistentes controles financieros de la entidad¹⁰⁰⁸.

A la luz de lo examinado hasta ahora, se constata que el ámbito deportivo genera ingresos multimillonarios anualmente de diversas maneras, consolidándose como un elemento fundamental del sector del entretenimiento, pero también como un terreno especialmente susceptible a la perpetración de delitos, principalmente debido a las deficientes estructuras organizativas de clubes y entidades deportivas¹⁰⁰⁹. Lo anterior se traduce en un importante riesgo inherente de llevar a las

1007 Nota de prensa de *United States Department of Justice, The United States Attorney's Office, Western District of Oklahoma*. "Edmond Sports marketing agent sentenced to 15 months for tax fraud through Non-Profit". 11 de enero de 2018, Oklahoma, Estados Unidos de América. El condenado era el encargado de manejar una ONG relacionada con jugadores de la NFL y NBA, este tipo de ONG reciben beneficios fiscales importantes por su naturaleza no lucrativa, aun así tienen que presentar declaraciones especiales de impuestos; el condenado mintió en estas declaraciones, indicando que los gastos de la ONG había sido muy superiores a los que realmente fueron, producto de la investigación se determinó que el condenado había utilizado la tarjeta de crédito de la ONG para compras personales y que además había desviado fondos de la ONG a su cuenta personal (lo cual bajo el sistema español podría constituir en otros delitos). Se puede consultar en: <https://www.justice.gov/usao-wd-ok/pr/edmond-sports-marketing-agent-sentenced-15-months-tax-fraud-through-non-profit>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1008 FIFA, comunicado de prensa: "Attorneys for FIFA provide update on internal investigations and details on compensation for former top official". 3 de junio de 2016. Se puede consultar en: <http://www.fifa.com/governance/news/y=2016/m=6/news=attorneys-for-fifa-provide-update-on-internal-investigation-and-detail-2799851.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Esta conducta podría ser considerada un delito de administración desleal. Otro caso que refleja la falta o la inaplicación de los controles financieros existentes fue la sentencia por conformidad del FC Barcelona en donde el juez indica que, si bien existía un proceso establecido para la firma de contratos, los contratos deberían de ser autorizados por los jefes de los departamentos legal, financiero, deportivo y dirección general, además de ser autorizado por la junta directiva, lo cierto es que este proceso no se seguía. Sobre este caso y quien hace mención expresa a la sentencia: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. . Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 154-155.

1009 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry", en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 423; HOPKINS, M/TREADWELL, J. "Introduction", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 9.

entidades deportivas a situaciones de inviabilidad económica¹⁰¹⁰, además de poder desencadenar en importantes sanciones deportivas debido al *fair play* financiero, lo que puede tener como efecto que un club sea vetado de una competición deportiva determinada. Todos estos constituyen elementos que deben ser analizados a la hora de desarrollar un mapa de riesgos en una entidad deportiva profesional.

El traspaso o transferencia de jugadores y los derechos de imagen también son una parte importante del análisis del dinero en el ámbito deportivo. La transferencia de jugadores ha sido definida desde una perspectiva legal como: un negocio jurídico mediante el cual se da una cesión de derechos derivados de un contrato de trabajo registrado, preexistente y aún vigente, transmisión que puede realizarse de manera temporal o definitiva¹⁰¹¹. Es decir, cuando un club A traspasa a un jugador al club B por un periodo de tiempo (préstamo de jugador) o de forma definitiva, esto se da cuando el jugador aún tiene un contrato vigente con el club A.

Actualmente, uno de los deportes que más dinero mueve en el mundo es el fútbol, no solo con mercadería o artículos deportivos, sino también en fichajes de jugadores. Estas operaciones van en aumento tanto en cantidad como en la magnitud de los contratos¹⁰¹², llegando a cifras de billones de dólares. Evidentemente cantidades tan altas de dinero en constante movimiento supone riesgos importantes, por ejemplo, desde el punto de vista penal existe un importante riesgo inherente (y real) de blanqueo de capitales; estafas, soborno entre particulares; delito fiscal y otros delitos económicos; además de la posible penetración del crimen organizado. Por otra parte, desde el punto de vista de administración de los clubes, existe un importante riesgo de malas decisiones de fichaje que puedan poner en grave riesgo económico al club.

Es por esto que para hacer frente y controlar de alguna forma los fichajes, la FIFA implementó el llamado Reglamento sobre el estatuto y la transferencia de jugadores, en donde se regulan todos

1010 D'ANGELO, Eugenio. "Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A". Rev. International Business Research. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. p. 151.

1011 BARBIERI, Pablo. *Futbolistas profesionales en la Argentina*. Ed. Ad Hoc. 2014. p. 132.

1012 por ejemplo, en el año 2015 el mercado de fichajes europeo movió 4.02 billones de dólares, mientras que tan solo en el mercado de verano del año 2016 se movieron 3.82 billones de dólares en fichajes¹⁰¹², lo cual deja en evidencia el crecimiento de este fenómeno, e incluso que se podría estar en presencia de una posible "burbuja" del sector. Estadísticas dadas por la expositora Orella Desiree Belia de la *European Leagues* en la charla "La transferencia internacional de jugadores. Mercados emergentes y nuevos desafíos". Realizada el día 22 de septiembre de 2016 en el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona.

los pasos que se deben seguir a la hora de realizarse un traspaso de un jugador en el fútbol profesional; asimismo, implementó un mecanismo electrónico encaminado a controlar las transferencias internacionales de jugadores, conocido como *Transfer Matching System* (TMS), que no es más que un sistema de almacenamiento de datos en línea¹⁰¹³. Sin embargo, no hay mucho más que la FIFA o la UEFA puedan hacer, especialmente sobre el tope de los montos, ya que el mercado de fichajes, al menos en Europa, se rige por la ley del libre mercado comercial en la cual agentes privados no pueden entrar a regularla¹⁰¹⁴. Pese a estas medidas, pareciera no ser suficiente, y queda en manos de los clubes reforzar los controles, especialmente orientados a identificar el origen de los fondos con los que se está pagando una transferencia de un jugador.

Por otra parte, algunos deportistas de elite disfrutan de contratos millonarios y cada nuevo fichaje con un nuevo club significa no solo un aumento en el salario sino un importante ingreso extra para ellos por concepto de transferencia¹⁰¹⁵, pero también un ingreso extra para sus intermediarios (anteriormente agentes)¹⁰¹⁶, el problema radica en que los agentes son poco regulados y fiscalizados, al menos en Europa¹⁰¹⁷.

Si bien la situación salarial de los deportistas profesionales ha mejorado lo cierto es que: 1. No todos los deportistas profesionales tienen garantizado un ingreso digno; y 2. Que si bien ha existido una mejora esto no siempre ha sido así, anteriormente los jugadores eran rebajados a una posición de mera mercadería y utilizados a su antojo por los clubes, cayendo en algunos casos en escenarios de explotación laboral. No fue sino hasta el año 1995, con la famosa sentencia del caso Bosman, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que las condiciones laborales de los jugadores y

1013 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. p.15; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. P. 52.

1014 Sobre esto: DUTHIE, Max. "European community sports policy", en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 313. El derecho deportivo fue concebido como un mecanismo mediante el cual el deporte tuviera una jurisdicción propia ajena a los países y sus distintos principios, que permitiera a los órganos deportivos controlar el deporte, sin embargo, el plan no ha resultado como lo esperado ya que los Estados y sus legislaciones afectan directamente el deporte. Para algunos autores los lineamientos dictados por entidades como la FIFA no pueden llegar a ser consideradas como normas de orden jurídico al no ser promovidas por un Estado, e incluso si fueran apoyadas por uno o varios Estados no lo serían por el derecho consuetudinario; sobre esto: CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Ed. Jurídica Continental. 2010. p. 51.

1015 Diario Marca: "Los jugadores ya pueden tener un porcentaje de su pase". 8 de mayo de 2019. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/futbol/2019/05/08/5cd330f6468aeb6a418b456d.html>.

1016 Desde abril de 2015 no existen los agentes en el fútbol profesional, la FIFA implementó la figura de intermediarios que cumplen la misma función que los antiguos agentes solamente que la FIFA no los fiscaliza.

1017 Conscientes de ese problema, la FIFA ha aprobado algunas regulaciones para los agentes y limitaciones respecto a las comisiones que pueden cobrar, siendo la más reciente de diciembre de 2022. En: *FIFA Football Agent Regulations*, de FIFA (*Fédération Internationale de Football Association*), de 16 de diciembre de 2022.

sus derechos económicos cambiaron para siempre, sin esta sentencia los actuales jugadores no ganarían lo que ganan hoy en día¹⁰¹⁸.

No obstante, el incremento salarial en el ámbito deportivo ha propiciado la emergencia de redes delictivas organizadas, que han identificado en el deporte profesional, particularmente en el fútbol, un terreno fértil para la perpetración de uno de los delitos más lucrativos a nivel global: la trata de personas. Bandas especializadas en tráfico humano, principalmente procedentes de África y Suramérica, han encontrado en el mercado futbolístico europeo un nuevo estímulo para el traslado ilegal de jóvenes hacia Europa. Estas organizaciones, bajo la fachada de promesas de contratos millonarios con prestigiosos clubes, imponen cuantiosas sumas de dinero a cambio del viaje y, supuestamente, de la intermediación con los equipos, llegando incluso a adquirir porciones de los futuros contratos de los futbolistas, en muchos casos, de por vida y con porcentajes exorbitantes.

Esta problemática se ha acentuado con las regulaciones de la FIFA, que prohíben a los clubes europeos fichar a menores extranjeros, forzando a las "academias de talentos" a formar a los jugadores hasta los dieciocho años, pero perpetuando su dependencia financiera al cobrarles una parte de los futuros fichajes y contratos, e incluso, al intervenir en la elección del club al que el jugador debe unirse, menoscabando así el principio de autonomía contractual que ostentan los adultos. Este fenómeno representa un ejemplo contemporáneo de esclavitud, equiparable en ciertos aspectos a la opresión que sufrían los gladiadores en la antigua Roma, y conlleva riesgos legales adicionales en el ámbito deportivo, particularmente en relación con la manipulación de resultados de partidos.

Otro aspecto que también puede generar riesgos penales es la atención mediática que recibe el mercado de fichajes, generando constantemente rumores o falsas noticias de posibles fichajes en

1018 STJUE, C-415/93, sentencia de 15 de diciembre de 1995, caso Unión Royale Belge des Sociétés de Football Association ASBL y otros contra Jean Marc Bosman y otros. El Real Fútbol Club de Lieja le propuso una renovación de contrato a Jean Marc Bosman dicha renovación conllevaba una importante disminución en el salario que hasta ese momento recibía el jugador, por lo cual el jugador buscó otro equipo, Bosman encontró un equipo interesado en él y que estaba dispuesto a pagar lo que anteriormente se llamaba como "costo de la ficha" un pago simbólico al club de origen aun cuando el jugador no tuviese contrato restante, sin embargo el club belga no aceptó el pago del club francés y a Bosman se le apartó del primer equipo lo que se conoce popularmente como "enfriamiento del jugador" utilizado hasta la fecha como una forma de castigo a los jugadores, por lo que Bosman inició un proceso judicial contra su equipo que tardó seis años hasta que el TEDH falló a su favor marcando un antes y un después en la historia laboral en el ámbito deportivo y especialmente en el mundo de los fichajes de jugadores de fútbol.

los medios de comunicación¹⁰¹⁹. Estas noticias o rumores pueden conllevar problemas legales para los clubes o jugadores, o incluso puede llevar a que se despidan a alguien¹⁰²⁰.

Por otra parte, las operaciones de fichajes se han convertido en operaciones sumamente complejas, en donde participan diversas partes: 1. El club que quiere comprar al jugador; 2. El jugador; 3. El club que quiere vender al jugador; 4. El representante o agente del jugador; 5. Algunos clubes utilizan también intermediarios; 6. El club que formó al jugador en sus etapas tempranas. Todas esas partes quieren un porcentaje del precio que se pagará, lo cual puede derivar en importantes riesgos penales como podría ser corrupción entre particulares, estafa u otros. Para dimensionar mejor estos posibles delitos, resulta relevante citar la investigación realizada por Lord Stevens, un ex policía inglés, quien concluyó luego de examinar 323 transferencias de jugadores, que el fútbol era un ámbito sumamente proclive a la corrupción y especialmente las operaciones de transferencias de jugadores, ya que en muchos casos los agentes se aprovechan de su posición para requerir pagos iniciales a los clubes con el objetivo de supuestamente iniciar negociaciones con ellos¹⁰²¹, debido a la gran influencia que tienen dichos agentes en los jugadores¹⁰²². Lo anterior, podría constituir un delito de corrupción entre particulares.

Empero, regular a los agentes o intermediarios deportivos es una tarea pendiente y que sobre todo no es una ciencia para nada exacta; por ejemplo, en algunos deportes como en la MLB se rige por un sistema en el cual los agentes no necesitan mayores requisitos para representar a un jugador y además se ha establecido un libre mercado es decir los agentes pueden cobrar el porcentaje que quiera y que el deportista acepte. Es decir, estamos ante un entorno deportivo profesional en el que los agentes son poco regulados y donde curiosamente no se han presentado grandes problemas con los agentes.

1019 En el ámbito deportivo existen medios de comunicación tradicionales, pero también existe una importante cantidad de medios de comunicación no tradicionales, con un importante aumento de youtubers o bloggers de noticias deportivas.

1020 Tal y como le sucedió a Julen Lopetegui, quien era el entrenador de la selección española de fútbol de cara al mundial de Rusia 2018, sin embargo, unos días antes de iniciar la Copa del Mundo se “filtró” la noticia de que el entrenador había sido contratado para dirigir al Real Madrid con posterioridad al mundial; debido a dicha filtración la FEF despidió a Lopetegui antes de iniciar el mundial.

1021 Lo anterior podría configurar delitos de extorsión o corrupción entre particulares.

1022 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. pp.76 y 77.

Por otro lado, la NFL, ha establecido una importante regulación para los agentes; por ejemplo, deben obtener licencias para ser agentes, existe importantes requisitos que les exigen a los agentes constantes programas de educación para ejercer su trabajo y sus ingresos están limitados a una comisión máxima del 3%. Es decir, es un ámbito sumamente regulado, sin embargo y pese a esta amplia regulación se han presentado una gran cantidad de problemas, con un historial de varios agentes que han sido condenados penalmente por negociaciones extorsivas, blanqueo de capitales, corrupción entre particulares y administraciones desleales¹⁰²³. En virtud de lo anterior se puede afirmar que ni mucha regulación ni nula regulación de los agentes es sinónimo de garantía para evitar problemas desde el punto de vista penal.

Los clubes pueden ser los mayores afectados de la actuación sin límites de los agentes deportivos y deberían de ser los primeros en exigir a las federaciones la regularización del sector y denunciar cuando se den actuaciones abusivas por esas figuras. Sin embargo, por alguna razón los clubes no suelen denunciar estas situaciones. Por lo que, se puede afirmar que se ha vuelto una práctica “habitual”, en el ámbito futbolístico y podríamos estar ante un escenario de “complicidad” en los que los clubes deportivos se han resignado a creer que la única forma de fichar jugadores es aceptando las condiciones poco éticas exigidas por los agentes. Todo esto tiene como consecuencia que se está en la presencia de un riesgo inherente al ámbito deportivo que debe ser tratado desde el punto de vista de los programas de *compliance*.

8.2 Patrocinadores

Otra característica propia del ámbito deportivo, son los patrocinadores, que además constituyen una de las principales fuentes de ingresos para los clubes, deportistas y federaciones. El patrocinio deportivo ha sido definido como una inversión de dinero (que también puede darse por medio de otros bienes o servicios¹⁰²⁴) con el objetivo de tener acceso a la explotación de una marca mediante

1023 STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009. pp.137 a 141. Por ejemplo: El agente de jugadores de la NFL Tank Blonk fue condenado a cinco años de prisión por lucrarse ilícitamente con el dinero de sus clientes.

1024 Por ejemplo, Audi tiene contratos de patrocinio con el Real Madrid, AC Milán, Bayern Munich FC y el Chelsea, anteriormente también con el FC Barcelona, mediante los cuales da un coche al año a los jugadores de la plantilla, la marca da vehículos y recibe notoriedad y presencia mundial. Sobre esto: Diario Gestión: “¿Cómo Audi logró ser el sponsor del Madrid y el Barça?”. 27 de enero de 2015. Se puede consultar en: <https://gestion.pe/economia/empresas/audi-logro-sponsor-madrid-barza-74460>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

el mercadeo de esta. Otra definición puede ser: la inversión en causas o eventos como mecanismos para lograr objetivos empresariales, especialmente relacionados con marketing, responsabilidad corporativa y exposición de la marca, persiguiendo un fin comercial¹⁰²⁵. En el ámbito deportivo esto se logra mediante el patrocinio de un equipo determinado, un jugador, una liga, una competición específica, estadios, entre otros¹⁰²⁶.

Para entender el fenómeno del patrocinio, primero debe comprenderse la magnitud de la presencia mediática con la que cuenta el deporte profesional a nivel mundial, siendo que los eventos deportivos de primer nivel son vistos por millones de personas. Concretamente los especialistas en la materia han identificado cinco factores que impulsan a las empresas a asociarse mediante el patrocinio deportivo: 1. Altos índices de audiencia; 2. Lenguaje universal que otorga el deporte lo cual permite acceder a mercados lejanos o de difícil acceso; 3. transmisión universal; 4. Buena imagen asociada al deporte¹⁰²⁷; 5. Rápido crecimiento de la marca¹⁰²⁸. Como consecuencia lógica las principales marcas comerciales quieren estar asociadas a los principales clubes deportivos y a las grandes estrellas del deporte mundial. Desde el punto de vista de los medios de comunicación, existe una gran cantidad de canales de televisión, Rev. s, informativos en internet y, en general, en medios de comunicación, dedicados exclusivamente al ámbito deportivo¹⁰²⁹.

El auge de los patrocinios, es posible situarlo históricamente en el año 1978, año en que la FIFA en el marco de la Copa Mundial de Argentina 78¹⁰³⁰, decidió asociarse con importantes marcas con presencia mundial, especialmente *Adidas*, y desde entonces el panorama del deporte cambió; el COI siguió los mismos pasos para los JJOO de Los Ángeles de 1984¹⁰³¹, desde entonces la cuantía

1025 CHANAVAT, N/BODET, G. "Sponsorship in Sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 446. Traducción libre por el autor.

1026 PHELOPS, Warren. "Sport sponsorship", en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 706; GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 223.

1027 GUERRERA OLEA, Antonio. "El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 155.

1028 PHELOPS, Warren. "Sport sponsorship", en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 707. Phelops cita el ejemplo de la aseguradora francesa AXA que patrocinó la Copa FA en Inglaterra desde 1999 hasta 2003 lo que significó un crecimiento de la marca respecto a la cuota de mercado, pasando de un 36% a un 77%.

1029 LAMONEDA PRIETO, Javier. *La autenticidad del deporte. Fundamentos de ética deportiva*. Ed. Deportiva. 2010. p. 42.

1030 Esa Copa Mundial recibió importantes críticas en virtud de que Argentina se encontraba bajo una dictadura militar que asesinó a miles de personas, especialmente jóvenes.

1031 Sobre esto: GRATTON, C/LIU, D/RAMCHANDANI, G/WILSON, D. "The global economics of sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 69; y WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 33; El COI también tiene importantes contratos de patrocinio con empresas como: McDonald's (hasta 2017), Coca Cola (desde 1928 es patrocinador), Atos, Dow, General Electric, P&G, Samsung, Bridgestone, Panasonic, Toyota, Alibaba,

de los contratos de patrocinio en eventos deportivos no han hecho más que crecer¹⁰³², convirtiéndose en una de las importantes fuentes de ingresos para el deporte, junto a los derechos televisivos, lo que ha permitido la profesionalización del sector deportivo¹⁰³³. Sin embargo, los ingresos entre clubes de una misma categoría no son siempre iguales, lo cual supone un reto permanente para los clubes más pequeños.

Sin embargo, los patrocinios deportivos no solo representan dinero, en algunos casos tienen un importante trasfondo político que no se puede ignorar, especialmente a la hora de realizar un análisis de riesgos. Por ejemplo, la entrada de los países árabes en el deporte y especialmente en el fútbol europeo, tienen el propósito de mejorar la imagen de esos países, diversificar la economía y buscar una apertura paulatina a la cultura occidental¹⁰³⁴.

Omega e Intel. Además de tener otras fuentes de financiación como: donativos, legados, pagos realizados por las ciudades encargadas de organizar los Juegos Olímpicos y la cesión de derechos de transmisión de Juegos Olímpicos.

1032 El Real Madrid firmó un contrato de patrocinio con la marca Adidas por 1600 millones de euros por doce años, a razón de 120 millones por temporada. Sobre esto: Diario Marca, artículo: “Adidas y Real Madrid, nuevo contrato de 1.600 millones”. 20 de abril de 2019. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/futbol/real-madrid/2019/04/20/5cb60803468aebff168b45c5.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1033 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 7. Los contratos actuales de patrocinadores con clubes deportivos han alcanzado cifras altas, especialmente en Europa. La última tendencia ha sido la y a raíz de la incursión de empresas árabes como *Emirates Airways* y *Qatar Airways y Foundation*, que han establecido cifras exorbitantes por poner sus logos en las camisetas de los principales equipos de Europa, además de que no se han conformado con patrocinar a un equipo ya que suelen contratar con hasta varios equipos de máximo nivel. Por ejemplo, *Fly Emirates* patrocinaba en Europa en 2019 a los siguientes clubes: Arsenal, AC Milán, SL Benfica, Paris St. Germain, Hamburger SV, Real Madrid CF y Olympiacos, sobre esto <https://www.emirates.com/english/about/emirates-sponsorships/football/football.aspx> (Consultado por última vez el 20/10/2019). Además, Emirates patrocina el US Open de tenis, la F1, carreras de caballos, torneos de golf y equipos y eventos de cricket; Mientras que *Qatar Airways* patrocinaba al FC Barcelona hasta la temporada 2017, actualmente tiene un contrato de patrocinio con la FIFA para los mundiales de 2018 y 2022, con el Boca Juniors de Argentina, AS Roma de Italia, Bayer Múnich de Alemania, Al-Ahli Suadi FC de Arabia Saudí, con la Formula E y con el equipo australiano de rugby Melbourne Swans, sobre esto: Canal Reuter, artículo: “Qatar Airways sings World Cup sponsorship deal with FIFA”.. 19 de noviembre de 2015. Se puede consultar en: <https://www.reuters.com/article/us-qatar-airways-fifa/qatar-airways-signs-world-cup-sponsorship-deal-with-fifa-idUSKBN1830I3>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1034 CHANAVAT, N/BODET, G. “Sponsorship in Sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. pp. 447-452; Diario Marca, artículo: “La Roma, el elegido por Qatar para ser el nuevo PSG de Italia”. 11 de abril de 2019. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/futbol/liga-italiana/2019/04/11/5caf17de268e3e91198b4602.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019); Canal BBC News, artículo: “Why Qatar is the focus of terrorism claims”. Londres, Inglaterra. 13 de junio de 2017. Se puede consultar en: <http://www.bbc.com/news/world-middle-east-40246734>. (Consultado por última vez el 20/10/2019); Canal CNN, artículo: “The Qatar connection to soccer’s record Neymar transfer”. 4 de Agosto de 2017. Se puede consultar en: <https://edition.cnn.com/2017/08/04/middleeast/neymar-qatar-connection/index.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Los contratos actuales de patrocinadores con clubes deportivos han alcanzado cifras altas, especialmente en Europa. La última tendencia ha sido la y a raíz de la incursión de empresas árabes como *Emirates Airways* y *Qatar Airways y Foundation*, que han establecido cifras exorbitantes por poner sus logos en las camisetas de los principales equipos de Europa, además de que no se han conformado con patrocinar un equipo ya que suelen contratar con hasta varios equipos de máximo nivel. Por ejemplo, *Fly Emirates* patrocinaba en Europa en 2019 a los siguientes clubes: Arsenal, AC Milán, SL Benfica, Paris St. Germain, Hamburger SV, Real Madrid CF y Olympiacos, sobre esto <https://www.emirates.com/english/about/emirates-sponsorships/football/football.aspx> (Consultado por última vez el 20/10/2019). Además, Emirates patrocina el US Open de tenis, la F1, carreras de caballos, torneos de golf y equipos y eventos de cricket; Mientras que *Qatar Airways* patrocinaba al FC Barcelona hasta la temporada 2017, actualmente tiene un contrato de patrocinio con la FIFA para los mundiales de 2018 y 2022, con el Boca Juniors de Argentina, AS Roma de Italia, Bayer Múnich de Alemania, Al-Ahli Suadi FC de Arabia Saudí, con la Formula E y con el equipo australiano de rugby Melbourne Swans, sobre esto: Canal Reuter, artículo: “Qatar Airways sings World Cup sponsorship

Ahora bien, la gran cantidad de dinero e intereses políticos que se esconden en los contratos con patrocinadores tiene como resultado que sean operaciones descritas como riesgosas para la comisión de delitos en el ámbito del deporte profesional¹⁰³⁵. Se pueden identificar algunas modalidades en las que podrían darse delitos en el marco de contratos de patrocinio: por ejemplo, una empresa que busca ser patrocinador de un importante club deportivo, podría incurrir en un delito de corrupción entre particulares, al sobornar a la junta directiva de un club para que lo seleccione como principal patrocinador, el riesgo de que un caso como ese llegue a suceder aumenta al conocer que a nivel español muchos miembros de juntas directivas de importantes clubes, no perciben salario alguno por el puesto desempeñado, lo anterior en virtud de la legislación existente.

Adicionalmente, el patrocinio ha sido destacado por expertos como una nueva forma para que el crimen organizado se infiltre en los clubes, con el objetivo de lograr amañados de partidos o blanquear dinero¹⁰³⁶. Por último, los contratos de patrocinio también han sido identificados como una forma de evadir los controles de *Fair Play* financiero impuesto por federaciones internacionales, debido a que los clubes deportivos pueden recibir inyecciones de dinero que son tramitadas en la contabilidad bajo el concepto de patrocinios, cuando realmente obedecen a donaciones de los dueños o con el objetivo de blanquear dinero¹⁰³⁷.

El *compliance* supone un importante reto para las entidades deportivas, ya que deberán dedicar una buena parte de sus esfuerzos a garantizar la transparencia en los contratos de patrocinio, evitando así posibles riesgos legales derivados de actos como: corrupción entre particulares, blanqueo de

deal with FIFA". 19 de noviembre de 2015. Se puede consultar en: <https://www.reuters.com/article/us-qatar-airways-fifa/qatar-airways-signs-world-cup-sponsorship-deal-with-fifa-idUSKBN1830I3>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1035 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 3; GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program an anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 161.

1036 UK Reuters, artículo: "Match-fixers using sponsorship to infiltrate clubs". 29 de junio de 2015. Se puede consultar en: <https://uk.reuters.com/article/uk-soccer-matchfixing/match-fixers-using-sponsorship-to-infiltrate-clubs-idUKKCN0P920S20150629>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1037 Diario El Mundo, artículo: "Detienen al presidente del Mónaco, Dmitry Rybolovlev por corrupción". De 6 de noviembre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.elmundo.es/deportes/futbol/2018/11/06/5be1d844268e3ebe7f8b45fb.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

capitales, o que los socios comerciales no estén financiando el terrorismo¹⁰³⁸. Especialmente si se toma en cuenta que la actual era de grandes patrocinios deportivos ha estado marcada por pocos controles especialmente de *due diligence*, ya que los clubes deportivos siempre tienen la necesidad de lograr importantes acuerdos económicos¹⁰³⁹.

Desde la perspectiva de la empresa que quiere asociarse como patrocinador de un club, evento o deportista, también existe un riesgo inherente, ya que deberían buscar asociarse con entidades y deportistas que ostenten una buena reputación que promuevan su marca; obligando a realizar un *due diligence*, el cual pocas veces se lleva a efecto. Para enmendar esa falta de debida diligencia, los patrocinadores han incluido cláusulas contractuales que les permitan en el caso de eventuales trasgresiones que puedan llegar a cometer los deportistas o las entidades (ya sea por casos de dopaje, declaraciones inadecuadas en medios de comunicación o redes sociales, mal uso de la marca, uso de la competencia, delitos en general, crisis deportivas, consumo de drogas entre otras), rescindir de forma inmediata el contrato. Un ejemplo de lo anterior le sucedió a Lance Armstrong, cuando salió a la luz el uso de sustancias dopantes, ya que todos los patrocinadores finiquitaron sus contratos con el ciclista¹⁰⁴⁰. Asimismo, durante el escándalo FIFA Gate los patrocinadores de la FIFA: Coca Cola, McDonald's y Visa exigieron la renuncia del presidente de la FIFA Joseph Blatter como un requerimiento para no romper el contrato de patrocinio vigente¹⁰⁴¹, McDonald's

1038 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. pp. 191 y 192; BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 111. Es muy común que los equipos italianos sean propiedad de familias de empresarios, por ejemplo, la familia Agnelli es dueña de la Juventus, Silvio Berlusconi del Milán, entre otras. Respecto a la familia Agnelli cabe destacar que también son accionistas mayoritarios de grupo Fiat (por medio de Exor S.p.A) por lo que se especula un posible importante de patrocinio con alguna de las marcas de grupo Fiat como forma para complementar el salario del Cristiano Ronaldo. Sobre esto: <https://www.autocasion.com/actualidad/noticias/cristiano-ronaldo-ficha-por-fiat>. (Consultado por última vez el 20/10/2019); En el caso de Parmalat y el Parma FC, el presidente de la empresa era también el presidente del club por lo que utilizó su empresa para firmar falsos contratos de patrocinio con jugadores como Hernán Crespo, Juan Sebastián Verón y Hristo Stoichkov, mediante estos contratos la empresa le pagaba parte de los salarios a los jugadores como si fueren contratos de patrocinio y promoción de productos, lo que llevo a la empresa junto a una pésima administración en general a la quiebra (fraudulenta); así mismo el PSG francés junto con la empresa norteamericana Nike establecían falsos contratos de patrocinio con los jugadores lo que permitía que Nike pagar parte de los salarios de los jugadores a sociedades domiciliadas en paraísos fiscales

1039 Lo anterior puede llevar a contingencias legales por contratos mal redactados.

1040 Además de que el gobierno de Estados Unidos de América lo acusa de fraude ya que el *US Postal Service* era el principal patrocinador del equipo en el que competía Armstrong, en caso de que se demostrará su culpabilidad debería de pagar más de 90 millones de dólares. Sobre esto: ANDERSON, Jack. "The juridification and criminalisation of doping: time to revive the spirit of sport?", en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p. 254.

1041 Curiosamente la misma Coca-Cola era la que había llevado a Blatter a la FIFA, en primer término como Secretario General, para que velará por los intereses de la empresa de bebidas. Sobre esto: BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 30.

fue más allá e incluso exigió una reforma integral del organismo con el fortalecimiento del departamento de ética de la institución¹⁰⁴².

En virtud de lo analizado anteriormente, se puede afirmar que los patrocinios deportivos son una característica muy compleja del ámbito deportivo, pero también una de las principales fuentes de ingresos de los clubes deportivos. Todos estos son factores que deben tomarse en cuenta a la hora del programa de *compliance* estableciéndose límites específicos desde el punto de vista del *due diligence* previo a contratar, tanto desde el punto de vista de club deportivo, como de la empresa patrocinadora.

8.3 Poder y política

Según la RAE el “poder” se define como: *tener expedita la facultad o potencia de hacer algo*¹⁰⁴³; también se puede definir como la facultad de tomar decisiones que pueden afectar a otros, en muchos casos a multiplicidad de personas u organizaciones. Tradicionalmente se asociada el poder con los políticos y la realeza. Desde una perspectiva más moderna grandes empresarios y entidades deportivas ostentan una importante cuota de poder en la sociedad.

En algunas ocasiones el poder puede ser algo complejo de entender, por ejemplo, cuando un ejecutivo de empresa con salarios altos pasa a ostentar cargos públicos, con una remuneración baja en comparación al salario que percibían en la empresa. Desde el punto de vista económico no tiene lógica, sin embargo, estas personas ganan en un elemento intangible y difícil de comprender en algunas ocasiones, ganan poder y contactos.

Desde el punto de vista del deporte, el poder lo ostentan principalmente los altos jerarcas de las entidades deportivas profesionales (también los deportistas, aunque en menor medida) y muchos de estos altos jerarcas realizan una gran inversión de esfuerzo, tiempo y dinero para llegar a los

1042 Medio Iusport, reportaje: “Los patrocinadores de la FIFA piden reformas con supervisión independiente”. 2 de diciembre de 2015 se puede consultar en: <https://iusport.com/not/12277/los-patrocinadores-de-la-fifa-piden-reformas-con-supervision-independiente/>. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Previamente estos patrocinadores ya habían indicado que los escándalos de corrupción eran malos para el deporte. Sobre esto último: HERSHMAN, Michael. “The need for reform”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 20.

1043 RAE: <http://dle.rae.es/?id=TU1KCfY|TU2nLT0> (consultada por última vez 29/05/2024).

altos puestos de poder. O incluso al momento de comprar un club deportivo. Desde el punto de vista de inversión económica, comprar un club deportivo puede no ser un negocio rentable ni recomendable por los asesores financieros, lo clubes tienen costes operativos muy altos, requieren una inversión importante, el riesgo es alto ya que suele depender del éxito deportivo, y difícilmente se verá la retribución por dicha inversión¹⁰⁴⁴, es por estos motivos que la motivación en la compra o inversión en un club deportivo tiene una lógica distinta a la financiera.

La adquisición o inversión en un club deportivo por parte de un individuo con miras a asumir su presidencia conlleva la búsqueda de un beneficio intangible y no cuantificable en términos económicos, pero de gran relevancia: el poder. El líder de una institución deportiva profesional, en ocasiones, ostenta la autoridad prácticamente absoluta para influir en el destino de la entidad. Además, ejerce influencia sobre gobiernos, redes sociales, empresarios y medios de comunicación, así como acceso a contactos económicos relevantes, e incluso podría servir como trampolín político para los directivos involucrados en la gestión de entidades deportivas¹⁰⁴⁵.

Sin embargo, poder llegar a esos altos puestos suele conllevar una importante inversión económica, por ejemplo, en España han existido grandes empresarios a la cabeza de clubes deportivos, por ejemplo, Florentino Pérez y Josep Bartomeu¹⁰⁴⁶, quienes han presidido los dos clubes de fútbol más grandes de la LFP¹⁰⁴⁷. En otros países la situación se repite, la famosa familia metalúrgica italiana Pozzo, dueña de dos equipos: *Udinese* de Italia y *Watford* de Inglaterra, y con participación en el Granada de España¹⁰⁴⁸. Estos tres ejemplos no han estado exentos de cuestionamientos, incluso de investigaciones e imputaciones penales.

1044 BEECH, John. "Ownership", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 336; D'ANGELO, Eugenio. "Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A". *Rev. International Business Research*. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. p. 150.

1045 PIETH, Mark. "Governing FIFA", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 7.

1046 Ambos han sido fuertemente cuestionados por su uso de poder del cargo, por ejemplo Josep María Bartomeu incluso ha llegado a enfrentar procesos penales por los llamados casos Neymar I y II, mientras que a Florentino Pérez se le ha criticado su actuar llegando incluso algunas personas a acusarlo (en medios de comunicación) de intentar pagar sobornos para evitar noticias perjudiciales del club merengue, sobre esto: *Diario Mundo Deportivo* artículo: "José María García asegura que Florentino Pérez intentó compra su silencio". 30 de octubre de 2017. Se puede consultar en: <http://www.mundodeportivo.com/futbol/20171030/432484888033/jose-maria-garcia-florentino-perez.html>

1047 También uno de los hombres más ricos del mundo el mexicano Carlos Slim es dueño del equipo de fútbol español Real Oviedo por medio de grupo empresarial Carso.

1048 Medio SER, artículo: "Investigan a la familia Pozzo por sus negocios en el fútbol". 26 de abril de 2016.. Se puede consultar en: https://cadenaser.com/emisora/2016/04/26/radio_granada/1461623469_758756.html. Esta familia ha hecho del fútbol un negocio muy rentable al formar jóvenes talentos para luego venderlos a grandes clubes, pero ese negocio no ha estado exento de cuestionamientos, ya que las autoridades lo han sido investigado por posibles delitos como: evasión fiscal, falsedad documental y apropiación indebida

Existe una nueva tendencia, en donde algunos deportistas al retirarse compran clubes deportivos o un porcentaje importante de acciones¹⁰⁴⁹, e incluso de jugadores activos que compraron clubes deportivos, en algunos de esos casos existía la posibilidad (poco probable) que tuviese que enfrentarse el club para el que jugaba con el club del que era dueño, lo que generaría un claro escenario de conflicto de intereses para el jugador¹⁰⁵⁰.

Adicionalmente, existen los casos de grandes empresarios extranjeros con patrimonios de dudosa procedencia y gravemente cuestionados que han llegado a Europa para comprar clubes deportivos, especialmente sujetos procedentes de Rusia, Europa del este, países árabes o Asia, quienes ven en los clubes de fútbol la entrada a una importante fuente de poder y de atención mediática a la que de ninguna otra forma pueden tener acceso¹⁰⁵¹. Para estos empresarios, significa adicionalmente adquirir el contacto directo con grandes empresarios que van a los palcos del equipo e incluso acceso prioritario a figuras políticas que aceptan invitaciones para ir a ver las competiciones¹⁰⁵². La compra del club de fútbol supone no solo acceso al poder sino un lavado de cara desde el punto de vista reputacional¹⁰⁵³.

1049 Tal es el caso de Michael Jordan que compró los Charlotte Hornets, Ronaldo es el máximo accionista del Valladolid, David Beckham del Inter Miami, varios exjugadores del Manchester United (hermanos Neville, Butt, Paul Scholes y Ryan Giggs) son dueños del 50% del Salford City, Andrés Iniesta es el máximo accionista del Albacete, Paolo Maldini es el dueño del Miami FC, Didier Drogba es copropietario de los Phoenix Rising, Steve Nash es accionista del Mallorca y dueño de Vancouver Whitecaps, Magic Johnson es dueño de los Dodgers de la MLB. Diario Marca, artículo “Ronaldo y otros deportistas propietarios de clubes”. 6 de septiembre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/otros-deportes/2018/09/06/5b91148746163f91618b4624.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1050 Es el caso de Gerard Piqué, quien compró las acciones del FC Andorra por medio de una sociedad. Diario Mundo Deportivo, artículo: “Oficial: Gerard Piqué compra el FC Andorra”. 30 de diciembre de 2018. Se puede consultar en: https://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20181230/453803058458/fc-barcelona-barca-andorra-pique-kosmos.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&fbclid=IwAR3IdnE4Rh5WfZLEsGzo10Ao31YMj14MrerYHG8a9D OG-fQWGzInfg8Aqw. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Adicionalmente una empresa en la que Piqué tiene participación compró los derechos de transmisión de la Liga Francesa de Fútbol. Diario Mundo Deportivo: “Piqué compra los derechos de la Liga francesa”. 25 de agosto de 2021. Se puede Consultar en: https://www.mundodeportivo.com/futbol/ligue-1/20210825/1001681470/pique-compra-derechos-liga-francesa.html?utm_medium=social&utm_source=facebook&utm_content=futbol&fbclid=IwAR0AevXeyat9o4TSvXRHdiRZyFY5rZgnMEMoTNXWFqGWD2hbfs_ucZLDut4. (consultado por última vez 26/08/2021).

1051 D'ANGELO, Eugenio. “Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A”. Rev. International Business Research. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. p. 150.

1052 Otra característica que permite ilustrar el poder en el deporte son los palcos de los estadios; los palcos son en primer lugar un importante negocio para los clubes, importantes empresas pagan año a año cientos de miles de euros para poder tener un palco durante toda la temporada adonde llevar a sus clientes más importantes y cerrar importantes negocios, por algo se ha vuelto tan famosa la frase popular: “en los palcos del Camp Nou y el Santiago Bernabeu se cierran los negocios más importantes de España”. Diario Expansión, artículo: “¿Cuánto cuesta un palco VIP?”. 13 de abril de 2018. Se puede consultar en: <http://www.expansion.com/directivos/deporte-negocio/2018/04/13/5ad0ee8ae2704e85058b45ec.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019). Hasta 300.000 euros puede llegar a costar un palco VIP en el estadio del Real Madrid.

1053 Sobre esto: BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 113.

Sobre ese último punto, se debe destacar que las sanciones económicas impuestas por varios países a “oligarcas rusos”, como medida por la invasión militar de Rusia a Ucrania, han tenido consecuencias hasta en el ámbito del fútbol profesional, ya que Roman Abramovich, dueño del Chelsea FC, fue incluido en la lista de sancionados. En virtud de esa circunstancia el club fue incluido dentro de la lista de activos congelados por el gobierno de Reino Unido, por lo que el club vio cesada la venta de entradas para sus partidos, su tienda de *merchandising* fue cerrada, y no pudo participar en el mercado de fichajes¹⁰⁵⁴. Por otra parte, los presidentes de federaciones internacionales como la FIFA y el COI ostentan un gran poder, los presidentes de ambos organismos suelen ser recibidos en los países que visitan como si fuesen jefes de Estado, otorgándoseles los mismos honores y reuniéndose con los presidente o jefe de Estado anfitrión, especialmente cuando el país busca una candidatura para albergar los JJOO o la Copa del Mundo¹⁰⁵⁵.

Desde el punto de vista criminológico representan altos riesgos, ya que el hecho de que estos presidentes ostenten un poder de gestión casi absoluto dentro de los clubes o federaciones eleva las probabilidades de que se cometa algún tipo de delito dentro de las entidades deportivas. Además, se ha hecho habitual que los presidentes de las entidades deportivas gestionen los bienes y recursos de las entidades como si fueran sus bienes personales¹⁰⁵⁶. Otro problema reside en la repartición del porcentaje que ostentan los socios y como puedan influir en la toma de decisiones. En virtud de lo anterior, se recomienda establecer un balance en los porcentajes que pueden poseer los socios, pero especialmente regular como se ejecuta el poder dentro de los clubes¹⁰⁵⁷. Y es que, las juntas directivas de algunos clubes se han llegado a perpetuar en el poder, con graves consecuencias para los clubes; como contraparte a este desbalance en el poder, se creado algunas asociaciones para combatir este tipo de abusos en el manejo de los clubes¹⁰⁵⁸.

1054 BBC, artículo: “Ukraine War: Roman Abrahamovich sanctioned by UK”. 11 de marzo de 2022. Se puede consultar en: <https://www.bbc.com/news/uk-politics-60690362>. (Consultada por última vez 15/03/22).

1055 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 169.

1056 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 9.

1057 Artículo de opinión en el periódico La Nación: “*Por qué no aparece un inversionista para Cartaginés?*”. De 17 de octubre de 2017. Costa Rica. Se puede consultar en: http://www.nacion.com/deportes/futbol-costarica/Opinion-aparece-inversionista-Cartagines_0_1664833509.html?utm_source=Facebook&utm_medium=Social&utm_term=Autofeed&utm_campaign=Echobox#link_time=1508258499. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1058 Por ejemplo, el colectivo Señales de Humo conformada por socios del Atlético de Madrid nació debido a que un grupo de socios del club consideraba que la junta directiva estaba realizando una mala gestión económica, afirmando que esa inadecuada gestión había hecho perder al club cerca de 500 millones de euros en un periodo de diez años. Sobre esto: RÍOS CORBACHO, José

Otro aspecto importante es el perfil de los sujetos que llegan a ostentar estos puestos tan importantes. Por ejemplo, la mayoría de los presidentes de las federaciones nacionales de fútbol, especialmente en África¹⁰⁵⁹, América Latina y Europa son hombres de negocios. Los puestos directivos en los clubes y entidades deportivas profesionales han sido considerados un “*gentlemen’s club*”, ya que son posiciones ocupadas por hombres de más de cuarenta años¹⁰⁶⁰. Es importante citar la estadística realizada por la consultora KPMG que destaca que el perfil de los sujetos que comente delitos en las empresas suele ser: hombres (79%), de entre 36 y 55 años (68%), realizado en compañía de otra persona (72%), que es empleado o es miembro de la empresa (65%)¹⁰⁶¹. En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el ámbito deportivo está regido por el grupo estadístico con mayor tendencia a delinquir, especialmente si se toma en cuenta que existe un factor de grupo con características únicas que propician la comisión de delitos.

Adicionalmente, PIETH ha considerado que el deporte ha evolucionado de ser un “*gentlemen’s club*” para convertirse en un “*patronage system*”, como una evolución del factor criminológico de grupo, en el cual los integrantes de las distintas Federaciones nacionales se ayudan entre sí, mediante un sistema de hacer y recibir favores, por ejemplo una Federación nacional necesita patrocinio económico, así que otra Federación le ayuda a conseguirlo, pero a cambio de esto le exige a la primera su apoyo para ser seleccionada como organizadora de un importante evento deportivo¹⁰⁶². Tal situación quedó en evidencia con el famoso caso FIFA Gate que tuvo como consecuencia que varios de los presidentes de las federaciones nacionales de Latinoamérica y

Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. Pp. 153-157; y HERRERA VELARDE, Eduardo. “Derecho penal y buen gobierno corporativo: aproximaciones a la realidad peruana”, en PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. p. 137.

1059 en África existe una situación especial, los jugadores son de la clase más pobre y ven en el fútbol un empleo para ganar un poco de dinero, mientras que los directivos africanos son los hombres más poderosos del continente. Esto podría explicar el porqué durante muchos años en los mundiales sub 17 se haya cuestionado la edad de los jugadores africanos, especialmente los de Ghana, el autor Declan Hill establece que los jugadores tenían dos edades, su edad real y la edad para jugar fútbol que solía ser dos años menor a la real, para lograr esto los jugadores tenían todos los documentos de su país que los acreditaban, los cuales se podrían obtener solo teniendo a alguien con mucho poder dentro del país. Sobre esto: HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 246.

1060 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 168.

1061 OLCINA, Enric. *Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa*. Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. p. 16.

1062 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 8.

África tuvieran que enfrentar procesos judiciales en Estados Unidos por corrupción entre particulares (concretamente por los delitos de *mail and wire fraud*¹⁰⁶³).

El poder del deporte también se evidencia en su influencia mediática, ya que gracias a las redes sociales ha crecido exponencialmente en los últimos años. Tal y cómo se indicó, el ámbito deportivo tiene una gran presencia en medios de comunicación y redes sociales: existen muchos canales de televisión y de medios de comunicación, en general, especializados e incluso algunos de ellos dedicados de forma exclusiva a transmitir noticias y eventos deportivos; los grandes eventos deportivos tienen tasas de ratings televisivos tan altas que ningún otro evento social se le llega a acercar, los jugadores y clubes deportivos son los perfiles con más seguidores en redes sociales¹⁰⁶⁴. Sin embargo, tal poder mediático requiere control, ya que las redes sociales o las declaraciones en prensa pueden arruinar la reputación de personas o empresas con solo una publicación incorrecta¹⁰⁶⁵; se pueden romper relaciones con patrocinadores, incurrir en delitos contra el honor, contra la intimidad o contra la propiedad intelectual, e incluso general despidos o sanciones disciplinarias para los colaboradores o incluso deportistas¹⁰⁶⁶.

Los deportistas tienen muchos seguidores en sus redes sociales y en muchos casos realizan publicaciones sin medir las posibles consecuencias de sus palabras, incluso con afectaciones

1063 Departamento de Justicia de los Estados Unidos de América, comunicado de prensa: “Nine FIFA official and five corporate executives indicted for racketeering conspiracy and corruption”. 27 de mayo de 2015. Se puede consultar en: <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>. Consultado por última vez 12/01/21)

1064 Diario Expansión, artículo “El FC Barcelona mantiene el liderazgo de interacciones en las redes sociales”. 01 de agosto de 2020. Se puede consultar en: <https://www.expansion.com/directivos/deporte-negocio/2020/08/01/5f255838e5fdeab5078b4574.html> (consultado por última vez 13/01/21).

1065 Por ejemplo, China canceló las emisiones de la NBA por un tweet publicado por el Director General de los Houston Rockets apoyando las protestas de Hong Kong. Sobre esto: CNBC, artículo: “China’s response to NBA Hong Kong tweet was a ‘violation of US sovereignty,’ Condoleezza Rice says”. 12 de noviembre de 2019. Se puede consultar en: <https://www.cnbc.com/2019/11/11/china-response-to-nba-hong-kong-tweet-was-violation-of-us-sovereignty-rice.html>. (Consultado por última vez 4/01/2020).

1066 Un importante caso que permite ilustrar lo anterior sucedió en 2018 en Portugal, cuando el Sporting de Lisboa perdió un partido transcendental, el presidente del club salió reprochando a los jugadores los malos resultados y estos respondieron por medio de las redes sociales, algo que no gustó a la directiva del club cual terminó imponiendo medidas disciplinarias a 19 de los jugadores del club incluida la suspensión de estos durante varios días. Otro ejemplo fue el caso del Real Madrid, que despidió a Álvaro Benito, técnico del juvenil B de dicho club, debido a opiniones dadas en medios de comunicación luego de que el club merengue perdiera ante el Barcelona por la Copa del Rey. Sobre lo anterior: Diario Deportivo Marca, artículo: “El presidente del Sporting de Portugal suspende a 19 jugadores: “Estos niños mimados creen que van lejos”. 6 de abril de 2018. Se puede consultar en: <http://www.marca.com/futbol/europa-league/2018/04/06/5ac7a1a222601db2198b4641.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019); y Canal ESPN, artículo: “Real Madrid despide a DT que criticó a Kroos y Casemiro”. Connecticut, Estados Unidos de América. 28 de febrero de 2019. Se puede consultar en: http://www.espn.com.ve/futbol/espana/nota/_/id/5332637/real-madrid-despide-a-dt-que-critico-a-kroos-y-casemiro?platform=amp&fbclid=IwAR3qFkxjR7usXT5ofAyzDEeQjiLOZ96IzUtO2NkSRIZEsksbYOn8SI3rIw. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

directas para los clubes en lo que trabajan; la estrategia conocida como *social media intelligence* no ha sido aplicada en los clubes deportivos con el alcance que debería, por lo tanto no solo no se ha potenciado al máximo el uso de dichas redes sino que no se han aplicado los controles sobre el contenido que debe y no debe publicarse¹⁰⁶⁷. De igual forma, es habitual que jugadores, entrenadores, presidentes y casi cualquier miembro de los clubes deportivos o de las entidades deportivas den conferencias de prensa en la mayoría de los casos de forma espontánea y además en muchos casos todavía con la *pasión del juego encendida*¹⁰⁶⁸, o en redes sociales, lo que puede tener graves consecuencias, especialmente con la difusión en masa y seguimiento que sufren las noticias deportivas¹⁰⁶⁹.

Para dimensionar bien el alcance que tienen los deportes en redes sociales, datos de 2013 indicaron que de todos los tweets que se publicaron ese año, la mitad estaban relacionados con el ámbito deportivo, durante ese año se publicaban 350 millones de tweets por día, es decir, cerca de 175 millones de tweets diarios estaban relacionados con el deporte¹⁰⁷⁰. Sin embargo, son pocas las entidades deportivas que se han dedicado a un verdadero análisis de los datos que las redes sociales les pueden proveer y adoptar políticas de publicación en redes para evitar posibles contingencias legales.

A lo largo de este estudio se ha constatado el excesivo poder al que acceden los altos mandos de clubes y federaciones deportivas, así como los propios atletas, con potenciales implicaciones penales significativas. El influjo de los deportistas y el mundo deportivo en las redes sociales y los medios de comunicación puede desencadenar crisis mediáticas de gran envergadura. En vista de ello, algunas federaciones y deportistas procuran establecer mecanismos de control para prevenir el abuso de poder en los entornos deportivos. Por ejemplo, en Estados Unidos, los jugadores de

1067 KOPERA, Sebastian. "Social Media Challenges", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 352; RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. P. 96. Ya se han dado casos como el del jugador Joey Barton que fue suspendido por dos juegos debido a una publicación en Twitter en la que llamó "Transexual con sobrepeso" al jugador del PSG Thiago Silva; esta no es la primera vez que sus publicaciones en Twitter generan polémica anteriormente otros comentarios ya habían sido criticados por su contenido, pero ninguno había llegado a sancionarse deportivamente.

1068 GEURIN-EAGLEMAN, Andrea. "Media and communications", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 125.

1069 WESTBERG, K/WILSON, B/SMITH, A. "Athlete transgressions: implications for sport managers", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 460.

1070 SCOTT, O/BRUFFY, K/NAYLOR, M. "Managing social media in sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 364.

distintas ligas profesionales se afilian a sindicatos, los cuales han negociado acuerdos trascendentales que limitan no solo la autoridad de los equipos, sino también la de las propias federaciones, como lo evidencia el caso de la MLB, donde se han restringido los poderes disciplinarios del comisionado de la liga¹⁰⁷¹. Algunas federaciones especialmente de fútbol, como la Premier League y la Champions League, han implementado controles que deben superar los directivos del club, directores financieros, accionistas que ostentan porcentajes superiores al 30% del total del club y cualquier persona ejerciendo de alguna forma control sobre el equipo, sin embargo, este control puede ser evadido por medio de controles indirectos o accionistas indirectos¹⁰⁷², lo anterior puede desencadenar en delitos societarios o en general delitos económicos. Para evitar esto la Bundesliga ha establecido que los socios individuales deben tener al menos el 51% de los clubes, por lo que los inversores no podrán ser propietarios de forma mayoritaria de los clubes, teniendo limitados sus poderes de decisión¹⁰⁷³.

Mientras que, para controlar el contenido publicado en redes sociales, algunos equipos de la Premier League han decidido exigir a cada nuevo jugador que firme con ellos que sus cuentas de redes sociales sean manejadas por un *community manager* del club, el cual únicamente podrá publicar contenido previamente aprobado mediante directivas de publicación por parte de la directiva del club¹⁰⁷⁴.

1071 CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. pp. 2 y 45. A diferencia de lo que sucede en la NFL en donde el comisionado sigue ostentando amplios poderes para sancionar a los jugadores, tal y como sucedió en el caso de los balones desinflados en donde el comisionado aplicó una sanción de cuatro juegos contra Tom Brady

1072 BEECH, John. "Ownership", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. pp. 339-341.

1073 BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 108; y ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 81.

1074 Cabe mencionar el caso originado por una red social; el jugador brasileño Neymar contacto a Najila Trindade, una modelo brasileña, por Instagram, la invito a Paris a que se conocieran, tuvieron un encuentro que fue grabado por una cámara colocada en el baño de la habitación de la modelo y posteriormente salió a la luz pública; posterior a esto la modelo denunció a Neymar por violación. Neymar tomó la decisión de defenderse al publicar en sus redes sociales parte de la conversación con la modelo brasileña, pudiendo cometer un delito contra la intimidad de la comunicaciones. En el video que salió a la luz pública se observa a la modelo pegándole a Neymar aparentemente como reclamo por una acción del jugador. El caso ha generado gran revuelo a nivel internacional y ha llevado a que MasterCard prescinda del contrato de publicidad que tenía con el jugador brasileño. Sobre todo, esto: Diario La Vanguardia, artículo: "MasterCard prescinde de Neymar". 6 de junio de 2019. Se puede consultar en: <https://www.lavanguardia.com/deportes/futbol/20190606/462708735660/neymar-mastercard-patrocinio-abandono-escandalo-violacion.html>; (Consultado por última vez el 20/10/2019). Diario Mundo Deportivo, artículo: "Neymar, acusado de violación". 2 de junio de 2019. Se puede consultar en: https://www.mundodeportivo.com/futbol/ligue-1/20190602/462612690338/neymar-acusado-de-violacion.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&fbclid=IwAR2ckN3MYfinn3kug38blWfTnXHSvdGfM1NM4_6EjXl9w97YhksnAnnmeMCg; (Consultado por última vez el 20/10/2019). Diario Marca, artículo: "Neymar acusado de violación divulga los mensajes íntimos de la mujer que lo denuncia para defenderse". 3 de junio de 2019. Se puede consultar en:

El poder y concretamente el adecuado manejo del poder, supone un enorme reto desde el punto de vista del *compliance* deportivo, especialmente para lograr cambiar la forma en que algunas personas toman y ejecutan decisiones en las entidades deportivas, lo anterior conlleva un cambio del modelo de administración empleado por las entidades y la adopción de una serie de principios de buen gobierno corporativo, pero sobre todo conlleva un cambio de mentalidad de las altas esferas de las entidades deportivas, lo cual supone el principal reto de cara a eliminar el “*patronage system*” imperante. Otra característica importante que debe ser analizada, es la diferencia económica entre clubes y deportistas que compiten en una misma liga o torneo, una característica que puede tener importantes consecuencias desde el punto de vista del *compliance*, y que es bastante común especialmente en el deporte profesional en Europa y América Latina, no así en Estados Unidos.

La diferencia entre grandes y pequeños equipos en una misma categoría supone que los jugadores de los principales clubes ganen contratos millonarios, mientras que los jugadores de los clubes pequeños tengan que luchar por un salario digno o incluso tener otro empleo para poder subsistir¹⁰⁷⁵. Es decir que los clubes más pequeños suelen estar en constante lucha para lograr hacer frente a sus obligaciones laborales con sus jugadores. Desgraciadamente es habitual que, en países del tercer mundo, los jugadores pasen varios meses sin cobrar su salario, esto sin lugar a dudas puede llevar a situaciones indeseadas para el fútbol, ya que por una razón inclusive de supervivencia los jugadores puedan caer ante la tentación de amañar los partidos de su club como mecanismo de subsistencia¹⁰⁷⁶.

Adicionalmente, la falta de recursos de un club puede llevar a que terceros ajenos al deporte profesional controlen desde las sombras las decisiones de los clubes deportivos o hasta de los deportistas¹⁰⁷⁷. Y es que en los clubes más pequeños (económicamente hablando) se ha vuelto una

<https://www.marca.com/futbol/liga-francesa/2019/06/02/5cf3712246163f65088b45df.html>. (Consultado por última vez el 20/10/2019).

1075 Diario La Vanguardia, artículo: “Messi tiene firmado con el Barca el contrato más caro del deporte”. 31 de enero de 2021. Se puede consultar en: <https://www.lavanguardia.com/deportes/20210131/6211716/mundo-messi-firmado-barca-contrato-mas-carro-deporte.html>. (Consultado por última vez 31/01/21).

1076 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Dr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA.

1077 Se pueden dar situaciones en que el crimen organizado asuma de forma clandestina el pago de salarios a jugadores con el objetivo de amañar resultados.

práctica común, que las directivas acepten que terceros inviertan capital como una medida para sobrevivir, esto se realiza de la siguiente forma: el club necesita dinero, una persona ajena al club negocia con el club y da el dinero que el club necesita, sin que se sepa de donde proviene el aporte de capital, ni que se apliquen controles de *due diligence* y prevención del blanqueo de capitales¹⁰⁷⁸, a cambio, el inversionista recibe un porcentaje de alguna futura transferencia de un jugador que se vaya a hacer, es decir un derecho futuro de un porcentaje sobre una transferencia; todo esto sin que conste en registros oficiales y siendo ignorado por las federaciones deportivas.

Esta práctica ha sido muy común en países suramericanos, que son conocidos como grandes exportadores de jugadores a las principales ligas europeas. Por ejemplo, se estima que cerca del 85% de los jugadores profesionales brasileños han cedido sus derechos a terceros en virtud de lo mencionado en el párrafo anterior¹⁰⁷⁹. A esto se le ha llamado explotación de derechos económicos por terceros, el problema es que los jugadores se han convertido en una especie de “propiedad” de terceros, quienes tienen la potestad de controlar sus carreras y dejando poco margen de decisión a los jugadores, lo que podría ser considerado como una nueva forma de esclavitud moderna aplicada el ámbito deportivo.

La FIFA le ha declarado la guerra abierta a esta práctica por medio de la introducción del *art. 18 ter del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores*, modificado en 2014¹⁰⁸⁰, en el cual de forma expresa se prohíbe la participación de terceros como propietarios o beneficiarios de alguna parte del contrato de los jugadores y prohibiendo la inscripción de los jugadores en caso de que se dé ese tipo de conducta. Sin embargo, en la mayoría de los casos es muy difícil saber si existe tercero detrás de un jugador, y en caso de conocer su existencia resulta difícil determinar su identidad, ya que suelen ser sociedades opacas¹⁰⁸¹.

1078 Rev. Sport, artículo: “Guerra contra los fondos de inversión en el fútbol”. De 13 de enero de 2016. Se puede consultar en: <https://www.sport.es/es/noticias/futbol-internacional/guerra-contra-los-fondos-inversion-futbol-4812570>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1079 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. pp. 54-55, 58 y 103.

1080 Norma que se mantuvo con la actualización de marzo de 2022 del Reglamento. Se puede consultar en: <https://digitalhub.fifa.com/m/4ca986bbf47d082c/original/Reglamento-sobre-el-Estatuto-y-la-Transferencia-de-Jugadores-Edicion-de-marzo-de-2022.pdf>.

1081 Ibidem. p. 95; y MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 35.

Estas dos realidades tan distintas en los que se desenvuelven los grandes y pequeños clubes deportivos, así como los deportistas millonarios y los que luchan por tener un salario digno, puede tener consecuencias desde el punto de vista del derecho en general, desde concursos de acreedores de clubes, violaciones a acuerdos societarios, hasta delitos como amaño de partidos, trata de persona u otros. Sin lugar a duda esta disparidad es un tema sumamente complejo con graves consecuencias, especialmente entre Europa y Sudamérica¹⁰⁸².

En contraposición a este problema cabe destacar el caso de EEUU y sus ligas profesionales deportivas, así como sus ligas deportivas de *College*, que han implementado un modelo que busca la paridad competitiva desde el punto de vista económico; mediante la implementación un fondo común de administración de las ganancias, lo que garantiza la estabilidad económica de los clubes y los deportistas, evitando la posibilidad de concursos de acreedores o disminuyendo los casos de delitos como amaño por necesidad. Mientras que en España únicamente se ha optado por un modelo de ayudas económicas para los clubes que descendan de categoría mediante un fondo común producto de pequeños porcentajes de lo que cada club reciba por la comercialización de los derechos audiovisuales¹⁰⁸³.

Sin embargo, plantearse una liga deportiva con estas características en Europa parece una utopía; pese a que no solo el aspecto económico se ve afectado por este escenario de disparidad entre clubes deportivos, ya que desde el punto de vista de la competición deportiva el deporte podría perder interés, al ser siempre los mismos equipos los que ganan los torneos deportivos. *Nuevamente el principal cambio debería de ser impuesto desde las federaciones deportivas*¹⁰⁸⁴, sin embargo, el

1082 Por ejemplo en las ligas de fútbol menos grandes de Europa la diferencia de dinero entre equipos significa una diferencia importante en el tema deportivo, para mencionar un ejemplo el Olympiacos de Grecia ha ganado diecinueve de las últimas veintinueve temporadas del fútbol griego, lo que le significa además ser el único país griego que se clasifica a la Liga de Campeones de la UEFA y por ende se asegura importantes ingresos económicos que ningún de sus rivales en Grecia tiene (más de 125 millones de euros en los últimos cinco años solo por clasificar a la mencionada liga), lo mismo sucede con el FC Basilea en Suiza, el FC Bate Borisov en Bielorrusia, el Ludogorets Razgrad en Bulgaria, el Celtic en Escocia, el Dinamo Zagreb en Croacia, entre otros. Sobre esto: New York Times, artículo: “Cuando el dinero de la Liga de Campeones elimina el factor sorpresa”. De 14 de febrero de 2018. Se puede consultar en: <https://www.nytimes.com/es/2018/02/14/liga-campeones-dinero-equipos/>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1083 Real Decreto 2/2018 de 12 de enero. El cual establece que los clubes deportivos deberán entregar: 1. 3.5% de las ganancias por derechos de transmisión a la Liga para la creación de un fondo de compensación para los clubes que descendan de categoría, 2. 1% a la Federación Española de Fútbol para el desarrollo del fútbol profesional. 3. 1% al Consejo Superior de Deportes para la protección social de los deportistas de alto nivel y garantizar su participación en competiciones internacionales, 4. 0.5% al Consejo Superior de Deportes para promover a la protección social del fútbol femenino.

1084 La violencia de los deportistas también llega fuera de los recintos deportivos, por ejemplo son varios los casos de violencia de género (por agresión física y sexual) denunciados por esposas y novias de futbolistas, ejemplo de esto son los casos de los jugadores Rafael Van der Vaart, Lucas Echenique, Jacinto Arauz, Rubén Castro, Juan Castaño Quirós, Steward Downing, el ex futbolista Diego Armando Maradona, otros deportistas también como Héctor Barberá (Moto GP), Floyd Mayweather Jeffrey Taylor (cuando

compliance también puede servir para adoptar medidas para prevenir escenarios de escasez económica en la entidad específica, mediante controles financieros adecuados y políticas de inversión que establezcan límites a los directivos respecto a gastos desmedidos y a obligaciones o deudas a las que eventualmente el club no podrá hacer frente, así como ordenar una adecuada administración de conformidad con principios de gobernanza y buen gobierno corporativo.

8.4 Estructuras de los clubes y entidades deportivas

Históricamente las empresas han desarrollado sus estructuras internas con bastante libertad, de conformidad con el principio de autorregulación. Cómo debe organizarse una empresa dependerá de factores como: tamaño, complejidad y necesidades específicas del ámbito en el que se desenvuelven. Las grandes empresas tienen hasta cientos de miles de empleados para poder desarrollar su negocio y, en general, las compañías están organizadas por departamentos con actividades plenamente identificadas que trabajan en conjunto, generando una gran estructura empresarial que toma decisiones basada en la experiencia. Ahora bien, la estructura empresarial debe partir de los principios de buen gobierno corporativo.

Por otra parte, las entidades deportivas profesionales no se caracterizan por la adecuada aplicación de los principios del buen gobierno corporativo, más bien al contrario, dichas entidades poseen ciertas características que sin lugar a duda pueden incentivar la comisión de delitos. Lo anterior, especialmente promovido por una mala organización interna, un inadecuado modelo de toma de decisiones y juntas directivas con amplios y discrecionales poderes de decisión, todos aspectos contrarios a lo que dictan los modelos de *compliance*, el buen gobierno corporativo, las pautas sobre transparencia y especialmente los principios de *governance*¹⁰⁸⁵. De cara a diseñar e

jugaba en la NBA en este caso la propia NBA lo sancionó con 24 partidos de suspensión y sin sueldo durante dicho tiempo). También no puede olvidarse los casos de homicidios cometidos por deportistas contra sus parejas, el atleta paralímpico australiano Oscar Pistorious asesinó a su esposa, el ex jugador de fútbol americano O.J Simpson fue acusado de haber matado a su esposa y al novio de esta, fue absuelto en el caso penal más sonado de la historia sin embargo fue condenado civilmente por el homicidio de ambos, además el luchador de la WWE Chris Benoit que asesinó a su esposa e hijo para posteriormente suicidarse, Andrew Hall jugador canterano del Stoke City mató a su novia de tan solo 15 años, el portero brasileño Bruno Fernandes de Souza mandó a asesinar a su amante cuando esta le dijo que estaba embarazada. El boxeador venezolano Edwin Valero mató a su esposa y al día siguiente se suicidó en una celda de detención. Sobre esto: RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. pp. 96-97 y 118-120; GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 123-124.

1085 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 167.

implementar un adecuado programa de *compliance* es necesario conocer las deficientes estructuras organizativas que existen en el sector deportivo.

Los clubes deportivos profesionales y las federaciones deportivas han sufrido un rápido crecimiento desde la década de 1970 y hasta la fecha, un crecimiento en todos los aspectos (económico, presencia social, importancia política entre otros); sin embargo, para algunos autores, ese auge no se ha visto completamente reflejado en la gestión, administración y transparencia de esas importantes entidades deportivas, al carecer las mismas de los departamentos o procedimientos habituales en una empresa “normal” (contabilidad, auditoría interna y externa, *compliance*, aplicación de *due diligence*)¹⁰⁸⁶.

En sus orígenes, los clubes deportivos profesionales se caracterizaban por una gestión modesta, sin considerar el deporte como una empresa. Sin embargo, con la evolución hacia una explotación comercial masiva del deporte, los clubes experimentaron un crecimiento vertiginoso, generando millones en ingresos¹⁰⁸⁷. Este cambio ocurrió rápidamente. No obstante, surge un gran desafío: la gestión de los clubes no ha seguido el mismo ritmo que el crecimiento económico. Solo en los últimos años ha comenzado un nuevo enfoque en la gestión deportiva¹⁰⁸⁸, buscando la profesionalización mediante la creación de departamentos similares a los empresariales y la contratación de profesionales especializados. Esto plantea un importante reto en términos de gobernanza y cumplimiento normativo, especialmente considerando que las entidades deportivas profesionales suelen ser controladas por individuos con un amplio margen de decisión y escasa supervisión, como se analizó en el epígrafe anterior¹⁰⁸⁹.

1086 Ibidem. p. 169; PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 8.

1087 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. p. 17.

1088 Ibidem.

1089 Un ejemplo que permite ilustrar los inexistentes controles que tienen estas entidades y lo fácil que es para figuras con poder lucrar libremente de dichas entidades, es el caso de Chuck Blazer ex secretario general de la Concacaf durante varios años, quien cargaba todo gasto personal a la tarjeta de la entidad, incluido el alquiler de sus apartamentos, además no tuvo contrato de trabajo desde 1998, pese a ser el secretario general de la Concacaf, además recibía una retribución del 10% de todo contrato que firmase la confederación algo no estipulado y además nunca realizó una declaración de impuestos. Sobre esto: O'BRIEN, D/CORBETT, B. “Strategic Management”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 150.

Otro elemento que influye en el manejo de las entidades deportivas profesionales es la ausencia de planes de objetivos o estratégicos por período, como los que tiene cualquier empresa¹⁰⁹⁰, dejando en evidencia las grandes deficiencias desde el punto de vista de la gobernanza y el buen gobierno corporativo mencionadas previamente. Por último, la elección de los presidentes y cúpulas directivas de las entidades deportivas profesionales no suele ser procesos totalmente transparentes ni libres de cuestionamientos, tanto la FIFA, el COI e incluso la propia Federación Española de Fútbol han sido cuestionadas por la forma en que se eligen a sus máximos dirigentes¹⁰⁹¹, representando así, un problema desde el punto de vista de la gobernanza, el buen gobierno corporativo y por supuesto el *compliance*.

El análisis revela los graves problemas estructurales y de gestión que aquejan a las entidades deportivas profesionales, cuyas riendas son tomadas por individuos investidos de vastos poderes de decisión y ejecución, careciendo asimismo de los departamentos necesarios para una gestión efectiva de las labores. Esta carencia conlleva un alto riesgo desde la perspectiva legal, cuya mitigación demanda la implementación de un programa de *compliance*. Esta empresa se erige como un desafío considerable para aquellos encargados de elaborar dicho programa en una entidad deportiva profesional, pues la mayoría de las empresas que requieren tal programa ya disponen de una sólida estructura empresarial, respaldada por principios de gobernanza y buen gobierno corporativo. Estos principios incluyen la existencia de departamentos apropiados, la distribución eficiente de tareas, la trazabilidad de decisiones y procesos de elección de la dirección empresarial claros y transparentes, entre otros aspectos. No obstante, en el ámbito de las entidades deportivas, esta base organizativa no está debidamente definida, lo que representa un desafío significativo para el establecimiento de un programa de *compliance*¹⁰⁹².

1090 O'BRIEN, D/CORBETT, B. "Strategic Management", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 150.

1091 Como ejemplo de lo anterior podemos citar el caso que ha afectado recientemente al fútbol español y que ha dejado en evidencia graves problemas de transparencia en la gestión del máximo órgano futbolístico en el país, ya que su presidente Ángel María Villar fue detenido en el marco de un caso penal que investiga el desvío de fondos públicos asignados a la Federación Española de Fútbol; producto de este caso la Federación debió buscar otro presidente; se creía que el jefe de integridad de la UEFA Emilio García Silvero la presidiría; Sin embargo el proceso de elección del nuevo presidente dejó en evidencia la falta de transparencia de la Federación así como los amplios poderes que ostentan ciertos dirigentes autonómicos y a los que no piensan renunciar, lo cual afecta la integridad de la Federación y la libertad para tomar decisiones para mejorar la transparencia de la entidad. Diario El País, artículo: "La inquietante renuncia del director de integridad de la UEFA a presidir la Federación". De 9 de febrero de 2018. Se puede consultar en: https://elpais.com.cdn.ampproject.org/c/s/elpais.com/deportes/2018/02/08/actualidad/1518124186_671919.amp.html.

1092 Cabe destacar que las entidades deportivas profesionales de acuerdo a la estructura de persona jurídica que implementen estarán sujetas a obligaciones de organización y gestión establecidas por la normativa aplicable en cada país; por ejemplo, en España estarán sujetas a las obligaciones de la ley de sociedades. Real Decreto Legislativo 1/2010 de 2 de julio, por el que se aprueba el

8.5 Mega eventos deportivos

Desde épocas antiguas los eventos deportivos han ocupado un papel preponderante en la sociedad; los coliseos romanos o las Olimpiadas en la antigua Grecia fueron una clara muestra de ello. En la actualidad, y desde hace varias décadas, el deporte profesional por medio de evento deportivos como los JJOO y la Copa Mundial de la FIFA, ha llegado a ocupar una importante posición en nuestra sociedad, esto, de la mano con la expansión mundial de los medios de comunicación, ha llevado a que se hayan convertido en mega eventos deportivos seguidos en todo el mundo por miles de millones de personas¹⁰⁹³.

La trascendencia social, económica, política y televisiva que de esos eventos ha tenido como consecuencia que las candidaturas para organizarlos se hayan convertido en verdaderas luchas entre las distintas ciudades o países que buscan ser anfitriones de eventos como los JJOO (tanto de invierno como de verano), la Copa Mundial de la FIFA o los GP de Formula 1¹⁰⁹⁴. El poder organizar los dos primeros conlleva la inversión de miles de millones de euros en infraestructura además de una serie de garantías económicas, políticas, de seguridad, de logística e incluso judiciales¹⁰⁹⁵; mientras que los GP de Formula 1 conllevan la necesidad de contar con un autódromo de categoría 1 según la FIA (que puede costar desde cientos y hasta miles de millones) y además desembolsar entre 100 y 300 millones de euros como canon por ser anfitrión del evento durante unos pocos años¹⁰⁹⁶.

texto refundido de la ley de Sociedades de Capital: Artículo 225. Deber general de diligencia: 1. Los administradores deberán desempeñar el cargo y cumplir los deberes impuestos por las leyes y los estatutos con la diligencia de un ordenado empresario, teniendo en cuenta la naturaleza del cargo y las funciones atribuidas a cada uno de ellos. 2. Los administradores deberán tener la dedicación adecuada y adoptarán las medidas precisas para la buena dirección y el control de la sociedad. 3. En el desempeño de sus funciones, el administrador tiene el deber de exigir y el derecho de recabar de la sociedad la información adecuada y necesaria que le sirva para el cumplimiento de sus obligaciones.

1093 Para dimensionar mejor el alcance que tienen los mega eventos deportivos cabe mencionar que la Copa Mundial de la FIFA registra billones de televidentes, mientras que solo la final de ese torneo es visto por el 10% de la población mundial: JORGE, Guillermo. "From patronage to managerial accountability", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 52.

1094 SWART, Kamilla. "Mega sport events", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 192.

1095 Asimismo, esas candidaturas tan competitivas, ponen al COI y la FIFA en una posición muy poderosa, con capacidad de exigir una serie de condiciones a los países que van a organizar estos eventos. Por ejemplo, la FIFA ha exigido modificaciones jurídicas a países especialmente para establecer sus propios tribunales durante las Copa del Mundo y para no tener que pagar impuestos por la organización de dichos eventos. Sobre esto Diario New York Times, artículo: "WORLD CUP: Swift and Severe Justice at World Cup Courts". 20 de junio de 2010. Se puede consultar en: <https://www.nytimes.com/2010/06/21/sports/soccer/21iht-wcsoccer.html>. (Consultado por última vez 18/01/2021).

1096 Evidentemente lo anterior significa grandes beneficios económicos para las entidades encargadas de organizar dichos eventos, por ejemplo, la FIFA ganó con la Copa Mundial de 2010 más de cinco billones de dólares. Sobre esto: JORGE, Guillermo. "From patronage to managerial accountability", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 52.

Las candidaturas para organizar estos eventos conllevan años de preparación y planeamiento, con procesos divididos en diversas etapas como lo son: la precandidatura, la candidatura, selección, implementación, celebración del evento e incluso la etapa post evento, todo esto con costos de miles de millones de euros a lo largo de aproximadamente una década¹⁰⁹⁷; adicionalmente este tipo de eventos conllevan una estrecha colaboración público – privada, además de una carrera contra el tiempo que se deriva en adjudicaciones de obra pública en tiempo récord, generando así, altos riesgos de corrupción, además de sobrecostos.

La organización de un evento deportivo a gran escala supone la inversión de miles de millones de euros en gastos asociados a la construcción de las sedes deportivas, lo que sin duda podría derivar en posteriores casos de corrupción entre particulares, especialmente entre empresas de un ámbito tan vulnerable a la corrupción como lo es la construcción, que deben competir para lograr adjudicarse los carteles de licitación para construir los recintos deportivos (obras tasadas en billones de dólares)¹⁰⁹⁸. Así mismo, debe tomarse en consideración la atención de los medios de comunicación que reciben estos eventos y que los directivos del país organizador son considerados “héroes” dentro de sus federaciones e incluso dentro de sus países al lograr adjudicarse el evento deportivo, lo que puede tener como consecuencia que se conviertan en figuras inamovibles de sus cargos.

La celebración de estos eventos es bien recibida por la comunidad internacional, ya que proporciona una plataforma de promoción para los estados y ciudades, y en ocasiones se ha empleado como una estrategia de relanzamiento por parte de naciones con sistemas políticos controvertidos. En este contexto, diversos países con escasa experiencia en la organización de eventos deportivos han logrado llevar a cabo acontecimientos de gran envergadura. Por ejemplo, China con los Juegos Olímpicos de Beijing 2008, Sudáfrica con la Copa Mundial de la FIFA en 2010, Brasil, que fue sede de dos eventos de magnitud en un lapso de dos años: la Copa Mundial de la FIFA en 2014 y los Juegos Olímpicos de Río de Janeiro en 2016; Rusia, con la celebración de tres eventos destacados: los Juegos Olímpicos de Invierno en Sochi 2014, la Copa Mundial de

1097 SWART, Kamilla. “Mega sport events”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 201.

1098 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 145.

la FIFA en 2018 y, entre 2014 y 2021, el Gran Premio de Fórmula 1 también en Sochi¹⁰⁹⁹: Qatar, con la Copa Mundial de la FIFA en 2022 y el Campeonato Mundial de Atletismo en 2019¹¹⁰⁰; Emiratos Árabes Unidos, apostando por ser anfitriones del Gran Premio de Fórmula 1 desde 2008; y México, con el Gran Premio de Fórmula 1 desde 2015. Es relevante señalar que, en la mayoría de los casos, nos encontramos con países emergentes desde el punto de vista económico, pero con críticas significativas sobre su situación política interna, algunos incluso con regímenes casi dictatoriales y opresivos¹¹⁰¹, es decir, países que necesitan mejorar su imagen ante la comunidad internacional y que utilizan los grandes eventos deportivos como una herramienta efectiva para ello¹¹⁰². Además, estos eventos pueden contribuir al desarrollo económico de los estados¹¹⁰³.

Por lo demás, la mayoría de los países indicados también se caracterizan por contar con altos índices de corrupción y blanqueo de capitales, por lo tanto, con bajos estándares en materia de prevención de la corrupción¹¹⁰⁴. Esto sumado a los altos costos económicos y a la gran cantidad de

1099 En el caso de Rusia, país que ha sido duramente cuestionado por su política tanto interior como exterior, por lo que se dio un intento de boicot orquestado por algunos Eurodiputados, quienes iniciaron una campaña para que las selecciones de fútbol de sus países no acudieran a la Copa del Mundo de Rusia, esto debido a varios aspectos entre ellos: las supuestas violaciones de Derechos Humanos perpetradas por el ejército ruso en Siria, la mala relación entre Vladimir Putin y la Unión Europea, la invasión a Ucrania, la ocupación ilegal de Crimea y la campaña del gobierno ruso para eliminar cualquier tipo de competencia política a lo interno del país. Pese a estos intentos de boicot el mundial prosiguió y podría decirse que Rusia alcanzó una puntuación positiva que sin lugar a duda benefició su imagen ante el mundo. Canal DW, artículo “Eurodiputados piden a sus países no ir al mundial de Rusia”. Berlín, Alemania. 20 de abril de 2018. Se puede consultar en: <http://www.dw.com/es/eurodiputados-piden-a-sus-gobiernos-no-ir-al-mundial-de-rusia/a-43474928>.

1100 Supuestamente Nasser Al khelaifi, presidente del PSG y miembro del Comité Ejecutivo de la FIFA autorizó un pago de 3.1 millones de euros para intentar que el mundial de Atletismo de 2017 se celebrará en Doha, al final no ganó la sede para 2017 pero sí para 2019, Nasser también había sido apuntado años antes por supuestamente haber pagado un soborno al ex vicepresidente de la FIFA para asegurarse los derechos televisivos de los campeonatos de la FIFA por más de una década. Sobre esto: Diario El País, artículo “El presidente del PSG, imputado por corrupción activa en un caso relativo al mundial de atletismo 2017”. 23 de mayo de 2019. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2019/05/23/actualidad/1558606864_444170.html. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1101 SWART, Kamilla. “Mega sport events”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. pp. 192-193.

1102 Adicionalmente muchos de los países han sido fuertemente cuestionados por sus violaciones de Derechos Humanos. GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 119.

1103 por ejemplo, el comité organizador de los Juegos Olímpicos de Londres 2012 y la Oficina Nacional de Estadística del Reino Unido indicaron que la celebración de los Juegos Olímpicos en la ciudad londinense contribuyó a que el Reino Unido saliera de una racha de tres trimestres en recesión, creciendo en el trimestre en que se realizaron los juegos, un 1% en su PIB. Sobre esto. GUERRERA OLEA, Antonio. “El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 157. Por otra parte, no se puede afirmar lo mismo en el caso de Brasil ya que después de la organización de dos mega eventos deportivos JJOO y Copa Mundial de la FIFA con tan solo dos años de diferencia, estalló un enorme caso de corrupción respecto a la organización de ambos eventos, lo que llevo a Brasil a la peor crisis política desde el inicio de la democracia y a una importante recesión económica.

1104 En el índice de percepción de la corrupción que publica anualmente *Transparencia Internacional*: Arabia Saudí puesto 62 con una calificación de 46, Sudáfrica puesto 64 con una calificación de 45, Brasil y China en el puesto 79 con una calificación de 40, Rusia en el puesto 131 con una calificación de 29, se puede consultar en: https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2016#table. (Consultado por última vez 20/10/2019). Se calcula que el monto que se paga en sobornos a funcionarios públicos Rusos es de 300 billones de dólares americanos anuales, sobre esto: KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. P. 217. Tan grave es la corrupción en Rusia que pese a que Daimler AG se declare culpable de sobornar a funcionarios públicos rusos y presentar pruebas a las autoridades rusas que

obras de infraestructura que se deben realizar en poco tiempo puede desencadenar en que estos eventos sean más que adecuados para la comisión de delitos económicos y de corrupción. Tal y como sucedió en los JJOO de 2016, en donde quedó en evidencia la corrupción que afectó la construcción de las principales obras para la Copa del Mundo de 2014 y los JJOO¹¹⁰⁵. En el año 2019, Arthur Soares, confirmó que pagó sobornos para que Río de Janeiro fuera la sede los JJOO, concretamente pagó dos millones de dólares a un expresidente de la Federación Internacional de Atletismo a cambio de varios votos¹¹⁰⁶.

Ahora bien, los dos grandes eventos deportivos no tuvieron el resultado político y económico esperado, ya que desde el año 2016 Brasil está sumergida en la peor recesión económica y política en su historia¹¹⁰⁷, y además el país no logró realizar el “lavado de cara” que buscaba ante el mundo, además de que en términos meramente deportivos los eventos fueron un fracaso para los deportistas brasileños¹¹⁰⁸. Respecto a los JJOO de Sochi, evidenciaron la falta de transparencia de las autoridades ya que el gobierno ruso dijo que los juegos costaron \$6.5 billones, pero otras fuentes calculan que se gastaron más de \$45.8 billones en dichos juegos, además de que el gobierno asignó los contratos de forma directa, según algunas fuentes, los amigos del presidente Putin recibieron cerca de \$7 billones en contratos¹¹⁰⁹. Lo anterior prueba la poca/nula transparencia en los JJOO.

dejaban en evidencia a los políticos rusos que habían aceptado los sobornos, aun así las autoridades rusas no iniciaron una investigación, de forma similar sucedió en el caso Siemens en el que las autoridades alemanas presentaron una lista con 12 políticos rusos que habían aceptado sobornos y pese a esto las autoridades rusas no hicieron nada. Sobre esto: ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes as international crimes*. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017. p. 413.

1105 Ya que las autoridades consideran que los siguientes eventos estuvieron marcados por sobornos y sobrecostes: 6 de los 12 estadios construidos para los JJOO, la línea de metro inaugurada para los dos eventos, la remodelación del estadio más grande y reconocido de Brasil el Maracanã. Diario Marca, artículo: “El “Rey Arthur” confirma que compró los votos para que Río fuera sede de los juegos”. 28 de octubre de 2019. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/olimpismo/2019/10/28/5db75310ca4741fe678b45ac.html>. (Consultado por última vez el 4 de enero de 2020).

1106 Ibidem.

1107 Periódico The Guardian. Artículo: “Stadium deals, corruption and bribery, the questions at the heart of Brazil’s Olympic and World Cup ‘miracle’”. De 23 de abril de 2017. Se puede consultar en: <https://www.theguardian.com/sport/2017/apr/23/brazil-olympic-world-cup-corruption-bribery>; (Consultado por última vez 20/10/2019). Sobre el caso de Brasil el juez brasileño MARTIN DE SANCTIS en: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”. en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. pp 431 a 432.

1108 Brasil perdió 1 a 7 contra Alemania en semifinales, lo cual significó la peor goleada recibida por dicha selección en su historia, significó la primera vez que Brasil perdía un partido en Copa del Mundo disputado en América desde el macanazo de 1950 (a excepción de partidos perdidos en penales) y que además terminó con un record de 39 años en que Brasil no perdía jugando como local. El partido ocasionó disturbios en varias ciudades brasileñas que saldaron con buses quemados y locales comerciales saqueados y una persona muerta.

1109 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”. en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. pp. 430-431.

Por último, producto de los JJOO de Invierno de 2018 en Corea del Sur, se han iniciado procedimientos penales en contra de empresarios¹¹¹⁰.

Sin duda el caso de Brasil, que ha sido el más grave que ha salido a la luz pública¹¹¹¹, refleja a la perfección el alto riesgo penal que conlleva la organización de mega eventos deportivos, así como la necesaria fiscalización entre las relaciones público – privadas que se establecen en el ámbito deportivo. Por otra parte, algunos expertos en el tema consideran que también las competencias deportivas pequeñas son sumamente vulnerables frente a la delincuencia, ya que al ser competencias catalogadas como pequeñas no existe tantos controles ni están en el foco de los medios de comunicación, lo que puede llevar a un uso ilícito de los recursos asignados¹¹¹².

Casi cualquier gran evento profesional lleva aparejado grandes riesgos desde el punto de vista penal. Es por esto, que conocer las características de dichos eventos se hace muy importante desde el punto de vista del *compliance* para entidades deportivas profesionales; pero para profundizar en el tema de la corrupción en el ámbito deportivo, resulta necesario profundizar en el análisis de dos importantes casos de corrupción que afectaron a las dos entidades deportivas más importantes del mundo, el caso FIFA y el caso del COI.

8.6 Pasión

El deporte ostenta una característica única, que no se puede apreciar en ningún otro ámbito económico, y es la capacidad de generar sentimientos y emociones muy fuertes en las personas. Dicha característica ha sido denominada como la “pasión”, y es apreciable especialmente entre aficionados¹¹¹³, pero también entre deportistas, entrenadores y directivos. En muchos casos esta característica puede llegar a ser desenfrenada y puede llevar a las personas a actuar de forma irracional, por lo que se puede afirmar que se está ante una característica sociológica única y que

1110 Blog The FCPA Blog, artículo: “Olympic anti-corruption measures, in three dimensions”. De 9 de febrero de 2018. Se puede consultar en: <http://www.fcablog.com/blog/2018/2/9/olympic-anti-corruption-measures-in-three-dimensions.html>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1111 En Rusia no existieron investigaciones oficiales por parte de las autoridades judiciales, mucho menos se llegó a imputar penalmente a nadie.

1112 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Dr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA.

1113 HEIMANN, Fritz/PIETH, Marc. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 167.

no tienen comparación en ningún otro ámbito de la sociedad humana a excepción tal vez de la religión¹¹¹⁴.

Para comprender el alcance de la pasión que despierta el mundo del deporte existen muchos ejemplos, especialmente en el fútbol¹¹¹⁵. Para ejemplificar esa pasión, vale la pena mencionar cómo la pasión puede afectar el actuar del máximo directivo de un club deportivo: El presidente del equipo griego PAOK de Salónica invadió el terreno de juego faltando solo un minuto para el final del encuentro, el directivo portaba un arma de fuego y en compañía de sus guardaespaldas procedió a reclamarle al árbitro la anulación de un gol¹¹¹⁶.

No se pueden pasar por altos los constantes insultos y gritos en contra de jugadores, árbitros y entrenadores durante partidos de fútbol. Lo anterior, ha llevado a considerar al deporte como una válvula de escape social, que permite canalizar la violencia y el estrés producido en la sociedad actual. Sin embargo, la pasión no solo tiene una connotación negativa, ya que es una de las principales razones por las que los clubes venden sus mercancías y también es la razón por la que se llenan los recintos deportivos, permitiendo que los clubes obtengan importantes ingresos económicos.

Para entender el alcance de la pasión desenfrenada que genera el deporte se debe analizar la concepción, extendida casi de forma generalizada en la sociedad, que considera que todo está aceptado durante los eventos deportivos, y que se puede llegar al mayor desenfreno sin consecuencia alguna, desapareciendo la línea entre lo legal y lo ilegal¹¹¹⁷. El deporte se convirtió en un ámbito permisivo en donde casi todo era aceptado¹¹¹⁸, creencia que se había extendido más allá de los jugadores hasta los grandes directivos y aficionados; directamente relacionado con el

1114 BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Artículo: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. *El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal*. 2016. P. 746.

1115 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. pp. 81-83.

1116 Canal BBC Sports, artículo: "Greek Super League suspended after PAOK Salonika president invades pitch with gun". 12 de marzo de 2018; y Diario El País, artículo "Orden de detención contra el presidente del PAOK tras portar un arma en el campo". 12 de marzo de 2018. Posterior a esta acción el árbitro suspendió el partido y dos horas más tarde cambió su decisión validando el gol y dándole el gane al equipo de PAOK lo que pone en serias dudas la libertad con la que tomó esa decisión ante la coacción psicológica que un presidente de un club entró armado a un terreno de juego.

1117 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 13; Cabe recordar la patada que le dio Éric Cantona a un aficionado al ser expulsado del juego el 25 de enero de 1995 que le costó 9 meses de suspensión y 120 horas de servicio social.

1118 LAMONEDA PRIETO, Javier. *La autenticidad del deporte. Fundamentos de ética deportiva*. Ed. Deportiva. 2010. pp. 44-45.

viejo paradigma de que el Derecho penal “no ingresa a los recintos deportivos”, sin embargo, ha cambiado y el Derecho penal intervendrá cada vez más en el deporte.

Entre los principales efectos negativos que produce la pasión en el deporte se pueden mencionar: violencia entre deportistas o aficionados, deportistas desesperados que pueden hacer lo que sea para conseguir la victoria (amaño, dopaje), jerarcas deportivos que pueden tomar malas decisiones cegados por la pasión (administración desleal, corrupción entre particulares, amaño de partidos) inadecuada administración, como contrataciones no viables desde el punto de vista financiero, contratación con patrocinadores con mala reputación, cesión de derechos de deportistas o de la entidad deportiva a terceros a cambio de un monto económico durante una “mala racha económica” de la entidad, entre otros.

La pasión es la razón de que los recintos deportivos se llenan de aficionados, recintos deportivos con su máximo aforo significa la presencia de miles de personas en poco espacio, este es un riesgo que debe ser valorado; ya que pueden producirse avalanchas humanas como la sucedida en el estadio del *Hillsborough* en 1989 (u otras muchas que se han registrado), peleas campales entre aficionados de ambos bandos o más recientemente, y que se vislumbra como uno de los riesgos más importantes a futuro, la producción de atentados terroristas en recintos deportivos aprovechando la gran congregación de personas en poco espacio.

Dentro del aspecto de pasión debe incluirse también escenarios de peligro para los clubes desde el punto de vista deportivo, reputacional y financiero, como lo son, por ejemplo: la posibilidad de quedar eliminados de un torneo o descender de categoría¹¹¹⁹. Escenarios como estos que podrían llevar a los jugadores o dirigentes a actuar de forma desesperada y motivados por la pasión a amañar partidos o a utilizar sustancias dopantes para obtener un mejor resultado; por ejemplo, un piloto italiano de Moto2 activó el freno de un rival en plena carrera lo que casi ocasiona que el rival perdiese el control de su motocicleta¹¹²⁰, este caso deja en evidencia que los deportistas pueden realizar actos muy peligrosos sin pensar en las consecuencias, dejándose llevar por la pasión.

1119 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Dr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA.
1120 Diario La Vanguardia, “Romano Fenati, despedido por accionar el freno de un rival”. 10 de septiembre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.lavanguardia.com/deportes/motociclismo/20180910/451735605150/romano-fenati-despedido-moto2-frena-misano.html>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

La pasión es un componente que resulta extraño para el derecho, pero que su análisis resulta muy importante desde el punto de vista deportivo, ya que es indispensable para el funcionamiento de este ámbito, a partir de la visión económica, pero a la vez es una característica peligrosa que puede llevar a importantes riesgos dentro del ámbito deportivo, por lo tanto, es indispensable para el adecuado funcionamiento de este ámbito establecer ciertos límites a la pasión, algo que desde el punto de vista del *compliance* es todo un reto, ya que conlleva gestionar y balancear este riesgo que no existe en ningún otro ámbito económico.

8.7 Apuestas

Al igual que la pasión, las apuestas son un fenómeno bastante complejo que están íntimamente relacionadas con el deporte. Las apuestas dependen casi enteramente del deporte, sin embargo, también algunos deportes están supeditada a las apuestas, por ejemplo, las carreras de caballos y de camellos no podrían existir sin las apuestas, es decir puede existir una relación de dependencia entre ambas, incluso las apuestas han influido positivamente en el desarrollo de algunos deportes, por ejemplo, disciplinas como el boxeo, críquet y golf se vieron en la obligación de redactar reglas de juego que permitiesen determinar al ganador y evitar así problemas legales para las casas de apuestas¹¹²¹.

Sin embargo, no todos los países aceptan las apuestas, curiosamente uno de los países más importantes en materia deportiva como lo es EEUU ha sido sumamente crítico y reservado con las apuestas deportivas a lo largo de su historia; únicamente se permite apostar a los deportes en los estados de Nevada, Delaware, Montana y Oregón, aunque esto podría cambiar pronto¹¹²²; asimismo no se permiten pagar las apuestas realizadas en internet (en páginas domiciliadas en el extranjero) por medio de fondos que provengan del sistema financiero norteamericano¹¹²³, todo esto de acuerdo a la *Wire Act* de 1961 que buscaba cerrar las posibilidades de negocios para el crimen organizado.

1121 FORREST, David. "Gambling and the sports betting industry", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 268.

1122 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 807. No está permitido apostar en partidos de la NCAA sin embargo han existido números casos por apuestas ilegales y amañeo de partidos en la NCAA, especialmente motivado por que los deportistas no reciben ningún tipo de salario como deportistas al considerarse que es la categoría amateur.

1123 De acuerdo con la *The Unlawful Internet Gambling Enforcement Act* de 2006.

De igual forma, las cuatro principales ligas deportivas (NFL, NBA, MLS Y NHL) ha sido tajantes en sus esfuerzos por separar completamente al deporte profesional de las apuestas deportivas, estableciendo prohibiciones expresas a jugadores, entrenadores, directores e incluso presidentes y dueños de equipos no solo de apostar, también de poseer centros de apuestas o relacionados con ella¹¹²⁴. No significa la inexistencia de apuestas ilegales o que los deportistas profesionales no apuesten, ya que se estima que actualmente el mercado de las apuestas ilegales en EEUU es de 150 billones de dólares anualmente y está ampliamente controlado por el crimen organizado¹¹²⁵.

Cabe destacar que las apuestas deportivas se han caracterizado en los últimos años por una tendencia a crecer rápidamente, convirtiéndose en un negocio sumamente rentable gracias en gran medida al uso del internet y especialmente de aplicaciones para dispositivos móviles¹¹²⁶. Además, la gran campaña de publicidad que han implementado las principales casas de apuestas del mundo ha rendido sus frutos, con anuncios durante los medios tiempos de los principales partidos de fútbol, bonos de bienvenida, e incluso el patrocinio de importantes clubes deportivos¹¹²⁷. La proliferación de las casas de apuestas es una tendencia global, por ejemplo, en Inglaterra existen unas 900 casas de apuestas legales¹¹²⁸, mientras que en internet existe un total de más de quince mil sitios de apuestas¹¹²⁹, de los cuales se estima que 85% son ilegales¹¹³⁰, y probablemente controlados por el crimen organizado.

1124 Ibidem. Incluso cuando Walt Disney Company quería comprar a los Anaheim Angels de la MLB, dicha entidad le exigió a Disney establecer que no contarían con apuestas en sus cruceros. Igualmente, el Artículo 25 del Código de Ética de la FIFA prohíbe a los sujetos relacionados con el fútbol a estar relacionados de ningún modo con casas de apuestas. Sin embargo, se han dado casos, por ejemplo: Diario La Nación: “Fedefútbol investiga si directivo de Fuerza Herediana infringe Código de Ética de FIFA”. 16 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <https://www.nacion.com/puro-deporte/futbol-nacional/fedefutbol-investiga-si-directivo-de-fuerza/4BLCCHXIZVDUPETQ3B3OVFWHOU/story/>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1125 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 174; y Diario Gestión, “Batalla para legalizar las apuestas deportivas en Estados Unidos”. 5 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: <https://gestion.pe/mundo/eeuu/batalla-legalizar-apuestas-deportivas-estados-unidos-222069>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1126 Además, los sitios web de apuestas pueden ser la puerta de entrada para toda clase de delitos cibernéticos, como *malware*, *phishing*, fraudes cibernéticos, correos de suplantación de identidad, robo de información, entre otros. sobre esto: ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. pp. 59, 64-65.

1127 Por ejemplo, en España varios clubes han recibido patrocinio de casas de apuestas, por ejemplo, Real Betis, Valencia, Málaga, Espanyol, Sevilla FC y el Real Madrid, en el resto de Europa destacan: el Bayern Múnich, Juventus, Olympique de Marseille, el Manchester United, Everton, West Ham United y el Sunderland, por citar algunos.

1128 FORREST, David. “Gambling and the sports betting industry”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 270.

1129 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal”, en BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. P. 746.

1130 MARTÍN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. P. 97. El 60% de los sitios de apuestas se dedican exclusivamente a apuestas del fútbol.

Con las apuestas se han hallado nuevos nichos, por ejemplo, en los últimos años, se ha dado una importante preocupación por los llamados “juegos” o “ligas” de fantasía, a lo que algunos gobiernos consideraron que podían convertirse en una nueva forma no regulada de apuestas o en una herramienta para el amaño de partidos, por esta razón fueron ampliamente reguladas por el gobierno de Estados Unidos de América, ya que era habitual que los deportistas profesionales participaran e incluso recibieran pagos por participar. En virtud de lo anterior, algunas ligas se vieron obligadas a prohibirle a sus deportistas participar en este tipo de juegos¹¹³¹.

Las apuestas deportivas pueden generar amplios problemas en el deporte, en primer lugar, desde el punto de vista estrictamente penal, en posibles delitos que pueden darse de forma paralela a las apuestas, mientras que, en segundo lugar, desde el punto de vista sociológico, la adicción a apostar o ludopatía suele ser bastante frecuente, especialmente grave en el caso de menores.

Respecto al punto de vista meramente penal las apuestas deportivas pueden ser y son utilizadas, especialmente por el crimen organizado, para generar ingresos ilícitos no declarados, pero también para cometer dos delitos: amaño de partidos (ya sea por poniéndose de acuerdo con los deportistas o árbitros o mediante amenazas o coacciones) y blanqueo de capitales¹¹³². Muestra de lo anterior ha sucedido especialmente en EEUU, que ha sufrido importantes casos de amaño de partidos íntimamente relacionado con apuestas ilegales que abundan en las principales ciudades norteamericanas y que típicamente han estado bajo el dominio del crimen organizado; por ejemplo: la ciudad de Chicago, famosa por ser la sede de operaciones del mítico mafioso Al Capone, fue testigo de cómo los *White Sox* de esa ciudad amañaron la Serie Mundial de béisbol de 1919, supuestamente con influencia del crimen organizado¹¹³³.

Además, es muy importante comprender lo que significan psicológicamente las apuestas, y es que han llegado a ser consideradas una especie de droga que genera adrenalina lo cual hace que la

1131 CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. p. 2.

1132 Recordando el asesinato del defensor colombiano Andrés Escobar tan solo 10 días después de haber marcado un autogol en el juego contra Estados Unidos en el Mundial de 94 y que provocase la eliminación de Colombia del mundial, supuestamente dicho autogol habría provocado pérdidas millonarias de narcotraficantes colombianos en apuestas lo que llevo a que los narcotraficantes se vengaran matando al jugador.

1133 Cuantiosos son los casos de jugadores profesionales especialmente de la NHL siendo extorsionados por la mafia rusa para que amañen partidos o paguen los montos que deben las apuestas. Sobre lo anterior: WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 808.

persona que apuesta se sienta bien, esto genera adicción¹¹³⁴. Las apuestas son tan adictivas como cualquier otra droga y pueden llegar a causar que las personas lo pierdan: sus bienes, su hogar, su coche, su empleo y por su puesto su dinero, incluso algunos deportistas profesionales se han visto involucrados en problemas de adicción a las apuestas, tal es el caso del delantero inglés Wayne Rooney quien confesó su problema con las apuestas y las pérdidas millonarias que le ha ocasionado esta adicción¹¹³⁵. Por lo tanto, la apuesta puede definirse como un incentivo irracional para los seres humanos que produce un aumento en la emoción que genera el evento deportivo para el apostador¹¹³⁶.

Asia es el principal continente en apuestas, y concretamente la ciudad de Macao es considerada la capital mundial de las apuestas, superando por mucho a la ciudad de Las Vegas; pero para comprender mejor la dimensión de las apuestas en Asia es necesario citar algunas estadísticas: el mercado de la industria farmacéutica corresponde a \$106 billones de dólares americanos anualmente, mientras que el mercado de las apuestas tanto ilegales como legales, es de \$450 billones de dólares americanos anualmente¹¹³⁷. En el mercado asiático de apuestas es posible apostarle a casi cualquier cosa que vaya a pasar durante una competición deportiva, por ejemplo, en el fútbol es posible apostarle a: cuál equipo va a ganar, por cuánto ganará, quién anotará primero, a quién expulsarán, cuántas tarjetas amarillas sacarán, cuántos tiros de esquina se harán, cuántos fueras de juego, los cambios de jugadores que se harán, cómo celebrarán los jugadores si anotan un gol, entre otros¹¹³⁸.

En consecuencia, el gran número de apuestas que se realizan alrededor del deporte se han convertido en un verdadero problema que se sale del control de las entidades deportivas y de las casas de apuestas; además de que puede llegar a ocasionar daños a la economía, por lo que se considera necesario que los Estados deben afrontar esta problemática¹¹³⁹, especialmente cuando se

1134 Madrid Salud, “¿Qué es la adicción al juego o juego patológico?”. Se puede consultar en: <http://www.madridsalud.es/serviciopad/adicion-al-juego-juego-patologico/>. (Consultado por última vez 24/01/21).

1135 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 73.

1136 FORREST, David. “Gambling and the sports betting industry”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 268.

1137 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 55.

1138 Ibidem. p. 60.

1139 BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 745.

sabe que la delincuencia organizada controla el mundo de las apuestas¹¹⁴⁰. Sin embargo, los Estados no han logrado darle solución a tan importante problema.

Respecto a la relación amaño de partidos y apuestas ya se han dado casos en España e Italia. Asimismo, algunos equipos rusos de fútbol se ven en la obligación de pagarle a sus adversarios más modestos para que jueguen de forma honesta y no acepten sobornos de la mafia para amañar los partidos¹¹⁴¹. Sobre este punto conviene resaltar que la gran diferencia en ingresos de equipos deportivos en las mismas categorías es un factor que aumenta la posibilidad de que las redes de apuestas busquen amañar partidos, la situación respecto a estas diferencias se analizará en el siguiente epígrafe.

De todo lo anterior, se puede concluir que las apuestas deportivas son un problema bastante complejo, y puede que uno de los más difíciles de abordar debido a la gran cantidad de dinero que representan y a la presencia de crimen organizado. Sin lugar a duda el *compliance* no va a venir a eliminar los problemas derivados de las apuestas y la comisión de los posibles delitos, ya que esto es algo que compete a las autoridades; pero lo que sí puede hacer el *compliance* es prevenir que la entidad deportiva sea penetrada por el amaño de partidos y el crimen organizado en general. Por medio de mecanismos que permitan denunciar a los deportistas y directivos intentos de contacto por parte de estos grupos organizados y medidas del club para garantizar su seguridad ante amenazas o coacciones.

8.8 La violencia en el ámbito deportivo

Por último, resulta importante analizar de forma breve la violencia en el ámbito deportivo, si bien, en la mayoría de Estados la violencia deportiva no tendrá repercusiones desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que sí incide de forma importante en los programas de *compliance*, la reputación de las entidades y posibles responsabilidades civiles, penales, administrativas o disciplinarias (por ejemplos imposición de multas, prohibición de utilizar el estadio, sanción de jugar partidos a “puerta cerrada”, entre otra).

1140 WLADIMIR, Andreff. “Corruption in sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 47.

1141 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p.124.

La violencia en el ámbito deportivo es un problema ampliamente extendido y que afecta a casi todos los deportes y que su situación se ha agravado en los últimos años especialmente en Europa y América Latina, motivado por una deficiente intervención por parte de las autoridades¹¹⁴². Para dimensionar la magnitud del problema, más de 1500 muertes asociadas al deporte profesional se produjeron por actos de violencia durante el siglo XX¹¹⁴³. En el ámbito deportivo los actos violentos son el principal problema analizado por la bibliografía especializada respecto a problemas o actitudes criminales, especialmente por criminólogos, así como el principal problema abordado por políticos y especialmente por instituciones Comunitarias¹¹⁴⁴.

El problema de la violencia en el ámbito deportivo es sumamente amplio, ya que se puede considerar parte de la violencia las siguientes conductas: los canticos racistas en los estadios, insultos a los árbitros, las amenazas a jugadores, cuerpo técnicos o árbitros, agresiones a jugadores, árbitros u otros aficionados, daños a la propiedad, homicidios ocurridos entre barras, peleas entre jugadores, y más recientemente también se ha incluido la alarma terrorista extendida por Europa y que ha amenazado de forma directa el deporte. Todos estos son aspectos que deben ser analizados desde el punto de vista del *risk management* y por supuesto desde el punto de vista del *compliance*, especialmente para evitar tragedias en recintos deportivos o consecuencias legales como ya se mencionó.

1142 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 786.

1143 BARBA SÁNCHEZ, Ramón. “Prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia e el deporte. La seguridad en los estadios”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 879; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. pp. 65 y 133; DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 241; ELLIOTT, D/ FROSDICK, S/SMITH, D. “The failure of legislation by crisis”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. pp. 13-15. Estos últimos autores presentan tablas con detalles de las muertes en estadios entre 1881 y 1996, en un total de 69 incidentes, 44 de los cuales ocurrieron en el Reino Unido. Hay ciertos eventos que son considerados de alto riesgo por su historial especialmente negativo, por ejemplo el clásico entre Fenerbahce y el Galatasaray en Estambul debido a un tema geográfico (única ciudad del mundo que se encuentra en dos continentes, Asia y Europa), otro ejemplo es Rangers contra Celtic, este fundamentado en un aspecto religioso ya que los primeros protestante y con la idea política de permanecer unidos al Reino Unido, mientras que los del Celtic son católicos y con ideales separatistas; en Grecia el duelo entre Olympiacos que representa a las clases altas y el Parathinaikos que representa a la clase más baja de Grecia; y otros simplemente por ser “clásicos”: Lazio contra la Roma, Boca Juniors contra River, Palmerias contra Corinthians, entre otros. cada vez que se disputa alguno de estos partidos se sabe que es muy probable que se den graves enfrentamientos entre aficionados

1144 Entre los instrumentos europeos para combatir la violencia destacan: *European Convention on Spectator Violence and Misbehaviour at Sport Events and in particular at football matches* de 1985 y *Convention on an Integrated Safety, Security and Service Approach at Football Matches and Other Sports Events* de 2016, ambas del Consejo de Europa. La última adoptada en plena celebración de la Euro Copa en Francia y a raíz de los enfrentamientos violentos entre aficionados radicales que sucedieron en dicho evento.

Desde la perspectiva represiva, los actos violentos en el deporte son poco castigados, en primer lugar, desde el punto de vista disciplinario, no suele castigarse o su castigo es muy laxo. Mientras que, desde el punto de vista del Derecho penal, la mayoría de los actos violentos asociados al deporte queden impunes¹¹⁴⁵. Ahora bien, desde el punto de vista preventivo, no ha sido posible eliminar a los grupos radicales o hooligans, y la violencia en el deporte ha sido posible a las deficiencias estructurales de los estadios y deficiencias organizativas de espectáculos masivos¹¹⁴⁶. Sin embargo, no puede pasarse por alto que la violencia en el deporte profesional también obedece a un serio problema social de que los estadios son valvulas de escape y sobre todo a la “criminalidad en grupo”.

Como consecuencia de lo anterior, frente a este problema hayan intervenido directamente los gobiernos, las federaciones deportivas y hasta organismos supranacionales, destacable es la labor realizada por el Consejo de Europa para prevenir la violencia en el ámbito deportivo¹¹⁴⁷. Actualmente ese órgano supranacional centra sus esfuerzos en eliminar los comportamientos racistas y xenófobos en los estadios realizados especialmente por grupos de ultraderecha, esta dura tarea la realizan de la mano con la UEFA y la FIFA por medio de medidas de prevención y detección de los autores de los hechos (por medio de cámaras de video vigilancia). Además de la adopción de medidas de cooperación judicial entre país y de la implementación en los distintos ordenamientos internos de medidas penales para castigar todo tipo de conducta violenta realizada por los aficionados. Sin embargo, los canticos racistas han sido un problema especialmente difícil de afrontar para las autoridades; para muestra tan solo el 1% de los arrestos asociados a aficionados deportivos en Inglaterra está relacionado a canticos racistas en los estadios¹¹⁴⁸.

1145 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. pp. 786-788; y tal y como se mencionó en el apartado de relación entre el deporte y el Derecho penal la mayoría de los delitos cometidos en la esfera del deporte quedan en la impunidad.

1146 BARBA SÁNCHEZ, Ramón. “Prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia e el deporte. La seguridad en los estadios”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 881.

1147 El Consejo de Europa se ha involucrado en este tema a raíz de los hechos ocurridos en el Estadio de Heysel en Bruselas el 29 de mayo de 1985 en la final de la Copa de Campeones de Europa celebrado entre los equipos de la Juventus y el Liverpool, en donde una batalla iniciada por *hooligans* ingleses contra aficionados de la Juventus terminó en una avalancha humana de aficionados italianos, que acabo con la vida de 39 personas; como consecuencia de dicha tragedia el Consejo de Europa adoptó el Convenio Europeo contra la violencia, seguridad, irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y especialmente partidos de fútbol de 19 de agosto de 1985.

1148 GARLAND, J/ROWE, M. “The hollow victory of anti-racism in English football”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 96.

Entre las principales medidas implementadas para reducir la violencia en los estadios especialmente en los partidos catalogados como de “alto riesgo” filtros de seguridad en la periferia de los estadios impidiendo el acceso a la periferia a personas sin entrada para el partido, al igual que impidiendo el ingreso de objetos que puedan ser utilizados como armas, y hasta personas en estado de ebriedad (en algunos casos se aplican hasta tres filtros en las cercanías de los estadios), miles de policías vestidos de antidisturbios escoltando a las barras bravas para ingresar al estadio, al salir del mismo e incluso dentro de los estadios para evitar que estos grupos salgan del espacio reservado en los recintos deportivos específicamente para ellos¹¹⁴⁹.

Concretamente en España, el gobierno central y los gobiernos de las Comunidades Autónomas han establecido prácticas mínimas para la adecuada organización de todo tipo de eventos públicos, dándole especial atención a los eventos deportivos en masa. Sin embargo, los enfrentamientos entre barras y los canticos racistas siguen dándose, por lo que el Derecho penal (como en otros muchos casos) parece ser la única respuesta a la problemática¹¹⁵⁰. Es por esto que aparte de los tipos penales comunes que podrían aplicarse en estos casos como lesiones, homicidio, amenazas, injurias, grupos criminales, entre otros, se ha establecido además tipos agravados, por ejemplo, del art. 557 CPE incluye desórdenes públicos cuando fueran cometidos en espectáculos multitudinarios o en el interior de recintos deportivos, como una forma de desincentivar la realización de estos hechos, visto desde una perspectiva de prevención general negativa¹¹⁵¹.

1149 Diario El Espectador: “Más de 1200 uniformados se encargarán de la seguridad del clásico capitalino”. De 19 de marzo de 2017. Se puede consultar en: <https://www.elspectador.com/noticias/bogota/mas-de-1200-uniformados-se-encargaron-de-la-seguridad-en-el-clasico-capitalino-articulo-685337>. (Consultado por última vez 20/10/2019). Para resguardar el clásico entre Millonarios y Santa Fe en Colombia la policía aplicó tres filtros de seguridad, algo común en Latinoamérica y en algunos partidos en Europa especialmente de Champions League, así mismo en la noticia se indica que al terminar el encuentro la policía se llevaría escoltada a la barra de Santa Fe para evitar enfrentamientos como ya han sucedido entre ambas barras en ciertos barrios de la ciudad.

1150 El 14 de mayo de 2023 jugaron el Espanyol de Barcelona contra el FC Barcelona, este último club ganó el partido y la liga; cuando los jugadores celebraban en la cancha, los aficionados del Espanyol invadieron el campo para agredir a los jugadores. Uno de esos aficionados fue Yago Darnell, entrenador del FC de Sant Cugat y miembro del Partido Popular que participaría en elecciones municipales, el aficionado tiró una cámara de televisión al suelo y fue grabado y seguido por otra cámara. En virtud del incidente debió renunciar a su puesto como entrenador y como miembro del PP. Sobre esto: DMQ el desmarque. De 16 de mayo de 2023. “El aficionado del Espanyol que tiró la cámara renuncia a su trabajo: también fue expulsado del PP”. Se puede consultar en el siguiente enlace: pp. (consultado por última vez 18/05/2023).

1151 Otro aspecto que se debe destacar es el referente al aumento de violencia de género durante los eventos deportivos, ya que las agresiones contra mujeres (cometidas en el ámbito del hogar) durante las horas posteriores a eventos deportivos aumentan entre un 13% y un 138.8% dependiendo del tipo de evento y el día de la semana que se celebre. Por ejemplo: durante el *SuperBowl* se registran un aumento en promedio de 244 casos por cada ciudad en Estados Unidos, mientras que en Inglaterra se da un aumento del 38% de los casos de violencia cada vez que Inglaterra pierde un partido durante una Copa del Mundo de la FIFA. Sobre esto: GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 87.

Debido a la permisibilidad que ha caracterizado al deporte especialmente en el ámbito del fútbol en Europa y América Latina, los futbolistas suelen realizar actos de violencia sin que se les aplique una sanción que se considere adecuada. Por ejemplo, el peor caso de agresión que se podría considerar en el deporte es cuando un jugador decide atacar físicamente al árbitro del encuentro por estar en desacuerdo con una decisión de este, recordando que el árbitro es un tercero imparcial que garantiza la transparencia y la pureza deportiva por lo tanto la figura que más debe respetarse en un terreno de juego. Sin embargo, las agresiones contra árbitros especialmente en el fútbol son bastante comunes y además no son sancionadas con la seriedad que deberían, al aplicarse en los peores casos únicamente sanciones de un año de suspensión y sanciones económicas “bajas”¹¹⁵². La única excepción a estos casos, parecieran ser los países anglosajones concretamente la Premier League de fútbol británica¹¹⁵³, y las principales ligas deportivas de EEUU¹¹⁵⁴.

Por otra parte, las barras bravas (*hooligans* o ultras) de los equipos deportivos, especialmente en el fútbol tienen un amplio historial de violencia, pero también de delincuencia en general; por lo que representan una seria amenaza para el deporte profesional. Con la excusa del fanatismo (pasión) y apoyo a su equipo, estos grupos han cometido delitos como: amenazas, homicidios, agresiones, peleas, ofensas verbales y daños a la propiedad. Además, pueden incidir directamente en cómo se gestionan los clubes deportivos debido a su poder, en estos últimos casos lo convierte en un

1152 Diario El Español, “Portugal no es un lugar para árbitros: 47 agredidos en lo que va del año”. 14 de abril de 2017. Se puede consultar en: https://www.elespanol.com/deportes/futbol/internacional/20170413/208229564_0.html; (Consultado por última vez 20/10/2019). Diario 20 Minutos: “La violencia contra los árbitros en el fútbol: “en veinte años no ha cambiado nada”. 13 de mayo de 2015. Se puede consultar (Consultado por última vez 20/10/2019). en: <https://www.20minutos.es/deportes/noticia/árbitros-futbol-violencia-fisica-verbal-agresiones-indefension->; Canal Univisión, reportaje: “Las sanciones más severas por agredir a un árbitro en la historia del fútbol”. 11 de marzo de 2017, se puede consultar en: <https://www.univision.com/deportes/futbol/las-sanciones-mas-severas-por-agredir-a-un-árbitro-en-la-historia-del-futbol>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1153 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. pp. 64 y 205. Por ejemplo, a John Terry y Luis Suarez quienes han sido sancionados por diversos hechos de violencia: Terry por insultos racistas mientras que Luis Suarez por morder a otros jugadores, en este último caso Suarez ha sido reincidente dejando claro que la sanción aplicada no ha sido la más adecuada. Además, Luis Suarez ha sido sancionado en dos ocasiones por morder a otros jugadores durante los partidos. La última ocasión en el mundial de Brasil 2014 por morder al jugador italiano Giorgio Chiellini cuando fue sancionado con nueve partidos oficiales con su selección y cuatro meses sin jugar en cualquier tipo de competición además de una multa de cien mil francos suizos.

1154 En Estados Unidos de América, por ejemplo, en la temporada 97/98 de la NBA Latrell Sprewell fue suspendido con un año sin poder jugar, fue despedido de su equipo y dejó de cobrar más de ocho millones de dólares de su salario por agredir a su entrenador en un entrenamiento. En 2006 en un partido de la NBA entre los Knicks y los Nuggets faltando un minuto y medio por jugar y con el partido decidido a favor de los Knicks estalló una de las peores peleas entre jugadores de la NBA, la cual llevó a la expulsión de los 10 jugadores y la suspensión del partido, posterior a eso 7 de los jugadores fueron sancionados con entre 1 y 15 partidos de suspensión y una pérdida del salario de entre \$49,091 y \$640,097, algunos consideraron las sanciones como bastante graves pero algunos otros las encontraron necesarias para evitar nuevos hechos como los mencionados, lo cierto es que posterior a dicha pelea se han presentado muy pocos casos similares en la NBA. Sobre esto: STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009. pp. 63-64; ABRAMS, R.I./ROBERTS, G.R./ROSS, S.F./WEILER, P.C. *Sports and the Law. Text, cases and problems*. 4ta ed. Ed. West. 2011. pp. 31-33.

elemento que merece ser tomado en consideración a la hora de realizar un programa de *compliance*; además de ser un importante factor criminógeno para tomar en consideración.

El recuerdo más reciente de incidentes entre *hooligans* de distintos países se vivió en la Eurocopa disputada en Francia en el año 2016, especialmente entre ingleses, alemanes, ucranianos, franceses, polacos, irlandeses, búlgaros y la sorprendente entrada en escena de los rusos, quienes protagonizaron verdaderas batallas campales en las calles de distintas ciudades francesas¹¹⁵⁵, así como otros incidentes a los que ya se hizo referencia en el apartado de la esfera clásica del Derecho penal en el deporte al inicio de este capítulo. Sin embargo, los grupos radicales en el deporte no son un problema nada nuevo, ya que han existido desde el nacimiento del deporte moderno, por ejemplo, las primeras agresiones de aficionados ingleses al fútbol fueron registradas en 1881, pero fue en la década de 1960 el siglo pasado cuando el fenómeno se convirtió en un verdadero problema social en Inglaterra algo que se mantiene hasta nuestros días¹¹⁵⁶, y que además se ha expandido por el resto de Europa y del mundo, especialmente a Suramérica¹¹⁵⁷.

Los *hooligans* ingleses, escoceses y holandeses se han ganado mala fama en toda Europa debido a sus peleas, disturbios y daños a las ciudades por donde pasan. Su comportamiento suele estar directamente asociado al consumo excesivo de alcohol y drogas especialmente la cocaína¹¹⁵⁸. Por otra parte, y según los medios periodísticos los nuevos *hooligans* rusos tienen comportamientos distintos, ya que se entrenan en artes marciales y tienen verdaderas peleas campales como parte de su entrenamiento, actúan de forma organizada y no consumen alcohol previo a sus peleas, por lo

1155 Desde el momento de la rifa de los grupos de la Euro 2016 ya se podía prever que iba a ser un torneo complicado en materia de seguridad, por ejemplo, el grupo B estuvo compuesto por Gales, Eslovaquia, Inglaterra y Rusia. Siendo el partido de 11 de junio de 2016 entre Inglaterra y Rusia en la ciudad de Marsella el más previsible de ser una fórmula (tanto por el historial de los *hooligans* ingleses como por la mala fama de la ciudad de Marsella) para el desastre, además a la fórmula hubo que agregar que los *hooligans* marseleses se sumaron a las batallas campales.

1156 LAYTON, M/PACEY, A. *Tracking the hooligans. The history of football violence on the UK Rail Network*. Ed. Amberley. 2016. pp. 11-12.

1157 Otro delito relacionado con los *hooligans* son los daños ocasionados, tanto a la propiedad privada como establecimientos comerciales especialmente bares y restaurantes con terrazas, autobuses, pero también al patrimonio histórico y cultural de las ciudades, tal y como sucedió en Roma en 2015, cuando aficionados radicales del equipo holandés Feyenoord dañaron la fuente de *Barcaccia* en *Piazza di Spagna* al lanzar botellas durante enfrentamientos con la policía italiana. Sobre esto: Canal RTVE, reportaje: “Hinchas holandeses del Feyenoord causa daños permanentes en una fuente de Bernini, en Roma”. 20 de febrero de 2015. Se puede consultar en: <http://www.rtve.es/noticias/20150220/hinchas-holandeses-causaron-danos-imborrables-permanentes-fuente-bernini/1101960.shtml>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1158 TREADWELL, J/AYRES, T. “Talking Prada and powder: Cocaine use and supply among the football hooligan firm”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 51.

que estas características los hace muy diferentes a los clásicos hooligans ingleses¹¹⁵⁹; es decir las autoridades están ante la presencia de un nuevo tipo de violencia en el deporte a la que se debe enfrentar de forma distinta¹¹⁶⁰.

Pese a todos los casos de violencia y los momentos oscuros que han representado para el deporte, estas barras siguen existiendo y los directivos de los clubs no han logrado expulsarles de forma permanente de los recintos deportivos o no han querido¹¹⁶¹, y la mayoría de esos actos violentos quedan impunes desde el punto de vista de los clubes, las federaciones y también desde la perspectiva penal.

Ahora bien, resulta importante cuestionarse por qué existe una falta de disposición de los clubes de expulsar permanentemente a estas barras de los estadios deportivos. La respuesta a esta situación es algo compleja, pese a que a ningún club le gusta ver hechos de violencia en sus instalaciones lo cierto es que existe una relación de los directivos (ya sea por miedo o por afinidad) con estos grupos

1159 Diario La Razón: “Nazis, expertos en tácticas paramilitares, así son los ultras que amedrentan a Europa”. 23 de febrero de 2018. Se puede consultar en: <https://www.larazon.es/deportes/nazis-y-expertos-en-tacticas-paramilitares-asi-son-los-ultras-que-amedrentan-a-europa-FF17747156>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1160 Los ultras rusos han seguido sumando batallas a su historial, por ejemplo, en febrero de 2018 en territorio español y concretamente contra la barra Herri norte del Athletic de Bilbao protagonizaron una importante pelea. Tal vez uno de los hechos más indignantes relacionados con la violencia de los *hooligans* se dio el 24 de noviembre de 2018, cuando aficionados de River Plate cruzaron el límite al agredir a jugadores del Boca Juniors, concretamente a la llegada del bus que transportaba al equipo y por un evidente fallo de la policía de la ciudad de Buenos Aires, los aficionados del River Plate lanzaron todo tipo de objetos (piedras, palos, botellas, e incluso gas pimienta) contra el bus que transportaba al Boca Juniors previo al partido de vuelta de la final de la Copa Libertadores; Estos hechos tuvieron como consecuencia varios jugadores con cortes por los vidrios quebrados del autobús, incluyendo el capitán del equipo de Boca, Pablo Pérez que tuvo que ser trasladado al hospital y casi la totalidad del plantel afectada por el gas pimienta y por gases lacrimógenos lanzados por la policía, todo lo anterior derivó en que la CONMEBOL suspendiera el partido y se decidiera que el partido se debía de jugar fuera de Argentina y que además horas después a los incidentes el gobierno de la ciudad de Buenos Aires clausurara el estadio Monumental; el encuentro se terminó disputando en el Santiago Bernabeu de Madrid. Las autoridades españolas impidieron el acceso a territorio español a varios ultras argentinos. Concretamente el hecho ocurrido se dio en la curva Lidoro Quinteros en la que el bus debía disminuir su velocidad todo el convoy quedó expuesto a una especie de “pasillo” de aficionados de la barra rival, lo cual aprovecharon para lanzar todo tipo de objetos y causar heridas a los jugadores del club e importantes daños al autobús del club. Todo lo anterior se debió a un fallo en el operativo de seguridad que debe realizar la policía de Buenos Aires, ya que a los aficionados no debe permitírseles acercarse a la zona en la que estaban previo a los partidos, sino que son removidos por lo menos 50 metros detrás de vallas de seguridad previo a que pase el auto bus del club visitante. Cabe destacar que este fallo en el protocolo de seguridad ya había ocurrido en otros partidos en donde los aficionados habían golpeado los vidrios del bus con la mano. El incidente previo a la final se puede apreciar en: <https://www.youtube.com/watch?v=RR3kVopj8kY>, (Consultado por última vez 20/10/2019). sobre lo anterior: Diario Infobae, “Por qué pasó lo que pasó: la increíble historia del operativo fallido de la Superfinal entre River y Boca”. 24 de noviembre de 2018, se puede consultar en: <https://www.infobae.com/deportes-2/2018/11/24/por-que-paso-lo-que-paso-la-increible-historia-del-operativo-fallido-de-la-superfinal-entre-river-y-boca/>. (Consultado por última vez 20/10/2019). El año 2018 fue el último año en que la final de la Copa Libertadores disputó la final mediante el formato partido ida y vuelta, y en ese año coincidió que la final fue uno de los principales clásicos deportivos del mundo, Boca Juniors vs River Plate, un partido que de por sí ya es de alto riesgo se juntó con la llamada final del siglo en Buenos Aires, teniendo como resultado dos partidos de altísimo riesgo y que no estuvieron libres de graves incidentes.

1161 En cada nuevo escándalo asociado a las barras ultras, los altos directivos deportivos prometen la erradicación y prohibición de las barras en los estadios, sin embargo, el discurso suele durar poco y tener pocos efectos, en virtud del poder que ostentan estos grupos en la mayoría de los clubes. Al ser en muchos casos una parte importante de los socios del club.

radicales, además de que la mayoría de los miembros de estas barras son socios de los clubes de fútbol¹¹⁶², con cuotas de poder muy importantes que en algunos casos llegan a decidir que jugador debe fichar el club y cual no pueden fichar o incluso formar parte de las juntas directivas o decidir quien llegará a dichos órganos. Asimismo, las federaciones deportivas han sido muy permisivas con estos temas y no han aplicado medidas encaminadas a cesar a tan peligrosos grupos.

En Suramérica el problema es más complejo, ya que las barras radicales ostentan una posición privilegiada dentro del club, lo que les concede algunos beneficios que les permite cometer hechos delictivos, por ejemplo: tienen lugares fijos en el estadio, muchas veces sin necesidad de pagar entrada, los clubes les pagan los viajes para acompañar al equipo cuando juegan de visitante, cuentan con espacios adonde guardar sus banderas y demás instrumentos, incluidas armas¹¹⁶³; Además, se ha demostrado que estos grupos violentos suelen estar asociados directamente a otras formas de delincuencia, especialmente, asociadas al crimen organizado, al tráfico y venta de drogas ilícitas, extorsiones entre otros delitos¹¹⁶⁴.

Pese a la extensa y vergonzosa historia de estos grupos radicales, siguen existiendo y siguen cometiendo agresiones, peleas, vandalismo e incluso muertes, el problema no ha sido enfrentado con la seriedad adecuada¹¹⁶⁵. El *compliance* de los clubes deportivos y de las federaciones puede suponer un importante paso para acabar con dichos grupos organizados, así mismo su comportamiento debe ser analizado desde el punto de vista de gestión de riesgos, especialmente a la hora de organizar mega eventos deportivos y de tomar precauciones de cara a prevenir tragedias; pero también en caso de que estos grupos formen parte de las juntas directivas o grupos de socios del club deportivo o tengan influencia o poder en la toma de decisiones, para lo cual deberán de implementarse controles de cara a limitar posibles hechos delictivos que puedan generar

1162 GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 85.

1163 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. p. 130

1164 HOPKINS, M/TREADWELL, J. "Introduction", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 9. Un caso de agresiones y secuestro se dio en noviembre de 2018 en Barcelona, cuando una deuda entre miembros de los Casuales la fracción más violenta de los ultras del FC Barcelona (Boixos Nois) fue privado de libertad y torturado para que pagará la deuda de un amigo. Sobre esto: Diario El País: "Tenemos a tu amigo en la bañera cortado en pedacitos". 26 de noviembre de 2018. Se puede consultar en: https://elpais.com/ccaa/2018/11/25/catalunya/1543166831_783240.html?id_externo_rsoc=FB_CM&fbclid=IwAR04CND1tEwUq8Dshx9q7vxiAxiIQQISFGEbQ2O26KNh5cRbokRhwwQ1Jfc. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1165 LAYTON, M/PACEY, A. *Tracking the hooligans. The history of football violence on the UK Rail Network*. Ed. Amberley. 2016. pp. 280.

responsabilidad penal de la persona jurídica a la entidad deportiva o daños reputacionales. Por último, se debe indicar la necesidad de que los entes federativos apliquen un criterio de tolerancia cero frente a las actuaciones de estos grupos radicales, aplicando sanciones tan graves a los clubes que los obligue a desaparecer a estos grupos de los estadios deportivos.

9. Casos concretos

9.1 Caso FIFA

El tema de la corrupción en el ámbito deportivo acaparó toda la atención del mundo con el famoso caso FIFA o FIFAGATE, sin duda un caso que ha marcado un antes y un después en lo que se refiere a la lucha contra la corrupción en el deporte, forzando cambios estructurales e impulsando el *compliance* para el deporte y especialmente para el fútbol¹¹⁶⁶. El caso salió a la luz pública el 27 de mayo de 2015¹¹⁶⁷, día en que siete importantes miembros de la FIFA fueron detenidos por las autoridades suizas en la ciudad de Zúrich, horas antes de asistir al Congreso nº 65 de la FIFA; la detención se realizó a solicitud de la Fiscalía de Nueva York bajo la investigación por la supuesta comisión de varios *white collar crimes* relacionados con el pago de sobornos entre particulares para adjudicar transmisiones de partidos (concretamente según la legislación americana por *wire fraud*, *racketeering* y *money laundering*¹¹⁶⁸. Es decir, el caso se centra en la corrupción entre particulares de empresas de comunicación y miembros de la FIFA encargados de adjudicar contrataciones millonarias por derechos de transmisión de eventos. La investigación también buscaba determinar si existieron sobornos que pudiesen beneficiar la elección de las sedes de los mundiales de 2018 y 2022¹¹⁶⁹. Por su parte, las autoridades suizas, iniciaron investigaciones, pero por delitos de blanqueo de capitales y organización delictiva, al no existir en ese momento el delito de corrupción entre particulares en el código penal suizo.

1166 Entrevista realizada a la Sra. Pilar Chavarría, Compliance Officer del Club Atlético de Madrid, 31 de julio de 2023. Nota: las manifestaciones realizadas por el Sra. Chavarría Arias son a título personal y no representa la posición oficial del Atlético de Madrid.

1167 También llamado FifaGate, el *Gate* haciendo alusión al famoso caso Watergate.

1168 Recordando que en Estados Unidos no existe una figura del delito de corrupción entre particulares y los tipos penales utilizados para perseguir este tipo de conductas son el *wire fraud* y el *mail fraud* que permite básicamente identificar un delito cuando se hayan utilizado medios como correos electrónicos, teléfonos celulares y transferencias bancarias para imputar un delito, por medio de estas figuras la jurisprudencia norteamericana ha entendido que es posible imputar la corrupción entre particulares.

1169 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. P. 128; HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 3.

La investigación de la trama de corrupción evolucionó hasta completar más de cuarenta imputados, la mayoría pertenecientes a la CONCACAF y a la CONMEBOL, así como importantes empresarios involucrados. Los siete detenidos en Suiza fueron extraditados a EEUU, y la gran mayoría de los más de cuarenta imputados aceptaron su culpabilidad en los hechos para evitar ir a juicio (*guilty plea*), mientras que el resto fueron condenados en juicio; por ejemplo, el expresidente de la CONMEBOL y ex vicepresidente de la FIFA Juan Ángel Napout fue condenado a nueve años de prisión¹¹⁷⁰. Asimismo, varios países realizaron investigaciones para determinar nuevos hechos delictivos asociados a este gran caso, especialmente corrupción y blanqueo de capitales.

Dos hechos salieron a la luz tiempo después de que se dieran las detenciones, el primero de ellos es que el origen del caso se remonta a que las autoridades norteamericanas detectaron que Chuck Blazer (ex secretario general de la CONCACAF) no había presentado su declaración de impuestos durante varios años; producto de la investigación por posible delito fiscal se dieron cuenta de que Blazer tenía cuentas no reportadas a las autoridades norteamericanas en bancos fuera de Estados Unidos, lo que es una violación a la *Bank Secrecy Act* e indagando en esas cuentas se dieron cuenta que Blazer había recibido importantes pagos por sobornos¹¹⁷¹. En virtud de lo anterior, Blazer se prestó como colaborador y utilizó un micrófono oculto para recopilar evidencia del esquema de sobornos. Mientras que la otra curiosidad del caso es que a los investigados por este caso se les aplicó la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO), lo que permitió a las autoridades norteamericanas procesarlos y juzgarlos como una estructura de crimen organizado¹¹⁷².

1170 Foro Asociación de Especialistas Certificados en Delitos Financieros -ACFCS-, “Ex presidente de la CONMEBOL fue sentenciado a 9 años de prisión”. 30 de agosto de 2018. Se puede consultar en: https://www.delitosfinancieros.org/ex-presidente-de-la-conmebol-fue-sentenciado-a-9-anos-de-prision/?fbclid=IwAR2ZdFLt_zc1-ViF7dtKvbSrjehpNC_Bqi7BzrbDRAXUYqvzLDC-74vSyLM. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1171 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 109. BENSINGER destaca que el caso de la FIFA se pudo construir como se construyó el caso contra grandes figuras del crimen organizado, como Al Capone, con base en un delito tributario. La abogada de Chuck Blazer, la prof. Mary Mulligan (de quien tuve el honor de ser su alumno en el curso *White Collar Crimes* durante mi estancia de investigación en la Universidad de Pensilvania), lo asesoró durante el acuerdo con las autoridades norteamericanas, toda la información dada por Blazer fue utilizada para construir el caso FIFA Gate y poder imputar al resto de directivos de la FIFA.

1172 Ibidem. p. 90; Department Of Justice de Estados Unidos de América, nota de prensa: “Nine FIFA officials and five corporate executives indicted for racketeering conspiracy and corruption”. De 27 de mayo de 2015 se puede consultar en: <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

Aparejado al proceso penal en Estados Unidos y las investigaciones en otros países, la propia FIFA inicio una importante investigación interna, además de anunciar cambios en su forma de combatir prevenir la corrupción en la entidad; esto supuso la suspensión de más de diez individuos para participar en cualquier tipo de actividad relacionada con el fútbol debido a lo que se consideró como actividades contrarias al Código Ético de la FIFA¹¹⁷³. Entre los oficiales suspendidos se incluyen: Joseph Blatter y Michel Platini¹¹⁷⁴.

En junio de 2017 fue publicado el llamado “Informe Garcia”, realizado por el fiscal estadounidense Michael Garcia¹¹⁷⁵, que tuvo como objetivo determinar si se cometieron hechos de corrupción en el proceso de selección de las sedes de los mundiales de 2018 y 2022, que ganaron Rusia y Catar respectivamente. En este informe se hace referencia a varias situaciones que el fiscal Garcia considera al menos contrarias a la ética: la ayuda brindada por Sandro Rosell en 2009 para promover la candidatura de Catar para que obtuviera la sede del mundial tal y como lo logró¹¹⁷⁶.

El informe también se refiere detalladamente a todos los presuntos miembros de la FIFA que aceptaron sobornos o pactaron de alguna forma apoyar la candidatura de Catar como sede del mundial de 2022, entre ellos destacan Ángel María Villar, ex presidente de la Federación Española de Fútbol, y quien a su vez fue investigado penalmente por diversos delitos cometidos durante su

1173 Federación Internacional de Fútbol Asociado. “Código Ético de la FIFA”. 2012 Artículos: 13 reglas generales de conducta, 15 lealtad, 18 obligaciones de denunciar, cooperar y rendir cuentas, 19 conflicto de intereses, 21 cohecho y corrupción.

1174 Desde el punto de vista penal, ambos fueron investigados en procesos penales que finalizaron con sentencias absolutorias, sin embargo, su cuestionamiento ético se ha mantenido. Sobre eso: HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 4. MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 437; y Periódico *The Sunday Times*, reportaje: “Russia’s World Cup kickbacks included Picasso Painting”. De 1 de diciembre de 2014. Se puede consultar en: <http://time.com/3611536/world-cup-picasso-russia-platini/>. (Consultado por última vez 20/10/2019). Diario CR Hoy: “Platini y Blatter son acusados de estafa en suiza”. 27 de noviembre de 2020. Se puede consultar en: <https://www.crhoy.com/deportes/platini-y-blatter-son-acusados-de-estafa-en-suiza/>. (consultado por última vez 09/01/2021); BBC News: “Ex Fifa president Blatter and ex-Uefa boss Platini charge with fraud”. 02 de noviembre de 2021. Se puede consultar en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-59133079> (consultado por última vez 06/12/21).

1175 Se aclara que el apellido del autor (Garcia) es inglés por lo que no lleva tilde.

1176 Sobre los sobornos también ver: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”, en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 438. cabe mencionar que al año siguiente Rosell fue nombrado presidente del FC Barcelona, y Qatar Airways y el FC Barcelona iniciaron una relación comercial que duró hasta la temporada 2016/2017.

función como presidente de la Federación Española de Fútbol¹¹⁷⁷, lo cual evidenció un serio problema de corrupción a lo interno de la FIFA¹¹⁷⁸.

Sin embargo, las sospechas de corrupción y falta de ética en la FIFA no son para nada nuevas, durante décadas y concretamente desde la gestión de Joao Avelange, es decir desde el momento de la comercialización en masa del fútbol profesional, la FIFA ha sido duramente cuestionada por su escasa transparencia y por contar con jerarcas ampliamente cuestionados. Para muestra de lo anterior cabe destacar algunos ejemplos del pasado de la FIFA: 1. Zen Ruffinen, quien fuese un importante directivo en dicha organización, acusó a su exjefe Sepp Blatter de corrupción, situación que no fue investigada por las autoridades suizas¹¹⁷⁹; 2. Existieron sospechas de que la misma elección de Blatter como presidente de la FIFA fue gracias a sobornos¹¹⁸⁰; 3. En 2007 la FIFA llegó a un acuerdo con MasterCard por noventa millones de dólares para evitar ir a juicio, la razón fue que *MasterCard* consideraba que la forma en que se eligió a Visa como patrocinador de los mundiales de 2010 y 2014 FIFA se debió a hechos de corrupción entre particulares¹¹⁸¹; 4. El 28 de abril de 2013 se publicó un informe en la página de la FIFA en donde se indicó que entre 1992 y el año 2000 Joao Havelange, ex presidente de la FIFA, (y que durante ese tiempo fungía como presidente honorario de la FIFA) y Ricardo Teixeira, ex presidente de la Federación brasileña de

1177 GARCIA, M/BORBÉLY, C. "Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup bidding process". pp. 186 y ss. También llamado Informe Garcia se puede consultar en: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/87/97/aus_bel-ned_eng_esp-por_jpn_kor_qat_report_neutral.pdf. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1178 En 2019 el diario británico *The Sunday Times* publicó una investigación en la cual describió como el gobierno de Catar pagó más de €780 millones a la FIFA para ser sede de la Copa Mundial de 2022, tales pagos fueron en un primer término por los supuestos derechos de transmisión de los mundiales de 2018 y 2022 por parte del canal árabe Al Jazeera, propiedad del gobierno de Catar. Lo grave es que parte del pago (€118 millones era condicionado a que Catar fuera seleccionado como anfitrión de la Copa Mundial de 2022, tal y como sucedió; además de que un importante pago (€427 millones) fue realizado tan solo unos días antes de que la FIFA cerrará una importante investigación por corrupción. Diario *The Sunday Times*: "Exclusive investigation: Qatar's secret \$880m World Cup payments to FIFA". 10 de marzo de 2019. Se puede consultar en: <https://www.thetimes.co.uk/article/revealed-qatars-secret-880m-world-cup-payments-to-fifa-p3r5rvw9x>. (Consultado por última vez 20/10/2019). Asimismo, el presidente del PSG, Nasser Al-Khelaifi está siendo investigado por supuestamente haber comprado una mansión valorada en siete millones de euros a Jérôme Valcke, ex vicepresidente de la FIFA, como parte de un soborno para asegurarse los derechos televisivos de los mundiales de 2018 a 2030. Diario *El Telégrafo*: "Al-Khelaifi le regaló una mansión a Valcke". 14 de octubre de 2017. Se puede consultar en <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/484/25/al-khelaifi-le-regalo-una-mansion-a-valcke>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1179 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 159.

1180 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 32.

1181 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 293; y Reuters, del 21 de junio de 2007, reportaje titulado "MasterCard, FIFA settle World Cup Sponsor fight". <http://www.reuters.com/article/us-mastercard-fifa-idUSN2136013820070621>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

fútbol, aceptaron sobornos por \$22.5 millones de parte de la empresa suiza International Sport Leisure, que se aseguró importantes contratos con la FIFA¹¹⁸².

Pese a estos antecedentes, cabe destacar que desde el punto de investigación penal el caso FIFA planteó un escenario completamente nuevo para las autoridades, donde no existían ningún tipo de precedente en cómo dirigir una investigación de este tipo ni en identificar características básicas del ámbito específico que pudieran ayudar a las autoridades¹¹⁸³. Asimismo, este caso supuso el fin de la casi nula relación entre el Derecho penal y el ámbito deportivo, dando pie a una nueva era de persecución penal en contra de deportistas, dirigentes y agentes deportivos.

Estos hechos son solo un pequeño extracto del total de casos que se le han cuestionado a la FIFA y a sus dirigentes durante los últimos años, pero sin lugar a duda el escándalo del FIFA GATE marcó un antes y un después en la institución. El presidente de la FIFA, Joseph Blatter, quien se consideraba sería el presidente vitalicio de la entidad¹¹⁸⁴, se vio obligado a presentar su renuncia, al igual que el director de la UEFA, asimismo la FIFA inició un proceso de revisión interno, dándole un importante énfasis a los temas de *governance*, integridad, transparencia, anticorrupción y a la aplicación de sanciones disciplinarias contra miembros de la entidad. Sin embargo, la tarea no es nada sencilla, la FIFA debe realizar un cambio de su cultura ética lo cual parece bastante difícil en una entidad en donde se ha acostumbrado a hacer las cosas de forma opaca durante varias décadas (es decir se ha instaurado una cultura antiética). Otro importante y difícil reto es hacer más transparente la administración de las federaciones nacionales, que son zonas bastante vulnerables para la corrupción y que tiene mucho poder dentro de la FIFA de acuerdo con la estructura de la federación internacional.

1182 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 17; BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 33; y Periódico El Confidencial “se fue Joao Havelange, el padrino que convirtió el fútbol en una mafia universal”. 17 de agosto de 2016, se puede consultar en http://www.elconfidencial.com/deportes/futbol/2016-08-17/corrupcion-fifa-joao-havelange-muerte-mafia-blatter-dassler_1247519/ (Consultado por última vez 20/10/2019).

1183 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 77. Las autoridades norteamericanas utilizaron la figura del “soplón” o “testigo de la corona” para construir este caso, ya que utilizaron toda la información dada por Chuck Blazer para construir el caso en contra de los demás directivos.

1184 Joseph Blatter fue nombrado por uno de los más viejos e importantes patrocinadores de la FIFA, Coca-Cola, con el objetivo de que cuidara de los intereses de la empresa de bebidas. BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 30.

Sin embargo, pese a los esfuerzos realizados por la FIFA, pareciera no ser suficiente, dentro de las reformas ha sido duramente criticado que el nuevo código de ética de la FIFA no menciona la palabra “corrupción”, y limita la investigación y sanción por dichas infracciones a un máximo de diez años (algo así como una aplicación de la una figura similar a la prescripción penal), además el nuevo código ha introducido una sanción para las personas que hagan comentarios públicos sobre situaciones investigadas por el Comité de Ética de la entidad y limita las capacidades de investigación de hechos contrarios a la ética¹¹⁸⁵.

Un miembro de la federación de Uruguay, que formaba parte del Comité de Ética de la FIFA, debió renunciar después de que los llamados *Panamá Papers* dejarán en evidencia que poseía cuentas *off shore* junto a uno de los principales investigados en el caso *FIFA Gate*¹¹⁸⁶. Debe recordarse que el comité de ética es el encargado de investigar los hechos contrarios al código ético de la FIFA, debiendo ser el órgano más transparente de la FIFA y que debería ser integrado por personas con una ética intachable¹¹⁸⁷. En agosto de 2021 el Departamento de Justicia de EEUU otorgó a la Fundación FIFA \$201 millones como compensación por décadas de corrupción perpetrada por dirigentes de la FIFA, CONCACAF Y CONMEBOL, este dinero fue producto de los comisos realizados a los imputados en el caso de la *FIFA GATE*¹¹⁸⁸.

Este análisis de la FIFA se deja evidencia lo proclive que es el ámbito deportivo y especialmente el fútbol profesional a hechos de corrupción; Las máximas instancias deportivas, aquellas que deberían de dar el ejemplo (*tone from the top*), han sido duramente afectadas por casos de corrupción. Lo anterior tomo mucha importancia desde el punto de vista del *compliance* y de cómo el mismo debe enfocarse en un cambio en las estructuras internas de dichas entidades y en la transformación de la cultura ética.

1185 AP News, “Keep bribes quiet for 10 years, FIFA won’t punish you”. 13 de Agosto de 2018. Se puede consultar en: https://www.apnews.com/d165d80179aa4117a260a1a5e65eafb6?fbclid=IwAR3dVXtcOJSrIG7CPP_1XjtJMU-1XgeUYGz3AVAuG28_1opSwpHKcLGWCrE. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1186 BBC Mundo: “Panamá Papers: FIFA investiga al uruguayo Juan Pedro Damiani, miembro de su comité de ética”. 4 de abril de 2016, Se puede consultar en: http://www.bbc.com/mundo/noticias/2016/04/160404_deportes_panamá_papers_mossack_fonseca_juan_pedro_damiani_uruguay_jmp

1187 *Independent Ethics Committee FIFA*: <http://www.fifa.com/about-fifa/committees/committee=1882034/index.html>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

1188 FIFA, nota de prensa: “US Department of Justice Awards FIFA Foundation USD 201 million compensation”. 24 de agosto de 2021. Se puede consultar en: <https://www.fifa.com/about-fifa/organisation/media-releases/us-department-of-justice-awards-fifa-foundation-usd-201-million-compensation>. (Consultado por última vez el 26/08/2021).

9.2 Caso COI

Un actor de suma relevancia en el ámbito deportivo global es el COI. Esta entidad, establecida como persona jurídica en Suiza, país que alberga su sede principal, paralelamente a la FIFA, tiene como objetivo primordial la promoción del deporte a escala mundial, sin ánimo de lucro¹¹⁸⁹. No obstante, a pesar de su carácter no lucrativo, el COI genera ingresos significativos, lo que plantea la posibilidad de que, desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pueda ser sujeto de responsabilidad conforme a la legislación suiza.¹¹⁹⁰

El COI fue creado en 1894, con la tarea de revivir las Olimpiadas que se celebraban en la Antigua Grecia y, actualmente, es el encargado de coordinar el Movimiento Olímpico a nivel mundial, promover el deporte, organizar y seleccionar las sedes de los JJOO; todas estas tareas las realiza gracias a la existencia de Comités Olímpicos Nacionales¹¹⁹¹. Sin embargo, dentro de estos Comités Olímpicos Nacionales encontramos la primera característica del COI que ha generado cuestionamientos importantes; el aumento de Comités existentes en el COI, 205, es decir el COI tiene más miembros nacionales que los países reconocidos por la ONU.

El mencionado escenario ha suscitado una significativa crítica a nivel global, desde la perspectiva de que el COI estaba siendo instrumentalizado para que algunos territorios en procesos de independencia lograran tener reconocimiento internacional, politizando al COI e instrumentalizando al deporte para lograr dichos fines. Para evitar esto el COI indicó que para poder ser aceptado como miembros se debe tener una estructura nacional de promoción del deporte, además ser considerado un Estado independiente y reconocido por la comunidad internacional como tal. Cabe destacar que el COI ostenta la condición de miembros observador permanente ante

1189 GUERRERA OLEA, Antonio. “El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 152-153; HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. p. 174; PIETH, Mark. “Fair Play? The FIFA experience”. Discurso dado en la International Sports convention, Ginebra, Suiza. 6 y 7 de diciembre de 2016. Heimann y Pieth critican que la FIFA, el COI y otras entidades deportivas inscritas en Suiza son sujetas a muy pocos controles, inclusive las ONG’s tienen que pasar más controles que las federaciones inscritas en Suiza. Un problema que se lo achacan directamente al Parlamento Suizo y su falta de voluntad para mejorar la transparencia y los controles en el ámbito deportivo.

1190 Código Penal Suizo, artículo 102.

1191 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 27.

la ONU. Todo lo anterior, evidencia el alto poder político del deporte y del COI, a nivel internacional¹¹⁹².

Por otra parte, el COI tampoco ha estado exento de cuestionamientos por supuestos hechos de corrupción interna por parte de sus integrantes, el caso más notorio fue la elección de *Salt Lake City* como ciudad organizadora de los Juegos Olímpicos de Invierno 2002, debido a que supuestamente miembros del COI recibieron costosos regalos como pago para que eligieran a dicha ciudad como sede de los Juegos Olímpicos¹¹⁹³. Nadie fue condenado penalmente debido a estos hechos, aunque se inició un proceso en contra del presidente y vicepresidente de la candidatura de la ciudad¹¹⁹⁴.

Sin embargo, ese no fue el primer caso en la historia de los JJOO en donde se hablará de una posible trama de corrupción, ya que, en los JJOO de Montreal en 1976, algunas autoridades encendieron las alarmas por posibles hechos de corrupción pública. Los cuestionamientos se basaron en el alto costo económico que tuvieron los JJOO en esa oportunidad, que dejaron casi en bancarrota a la ciudad de Montreal, para algunos medios internacionales, esos sobrecostos estarían directamente asociados a la corrupción en la construcción de las obras y la estrecha participación del crimen organizado en todo el proceso¹¹⁹⁵.

Con la salida a la luz pública del escándalo de Salt Lake City, el olimpismo y el COI quedaron manchados y su reputación gravemente afectada; lo que tuvo como consecuencia que el organismo internacional realizará importantes reformas a su estructura interna: en primer lugar, paso a estar formado por ciento quince miembros, de los cuales quince son atletas elegidos mediante votación

1192 Ibidem.

1193 Entre los pagos realizados a funcionarios del COI se lograron identificar: un pago de más de cien mil dólares a René Essomba, además de otros pagos directos a miembros del COI y algunos pagos sospechosos para supuestas causas benéficas, un millón de dólares en atenciones a 24 miembros del COI durante la visita a la ciudad mediante tarjetas de crédito para uso discrecional, asientos en el *Super Bowl*, pagos en cirugía plástica y 400 mil dólares en pagos de becas estudiantiles para personas relacionadas con los miembros del COI. Debido al caso de *Salt Lake City* las autoridades japonesas decidieron investigar la selección de Nagano como sede para los JJOO de invierno en 1998, la investigación determinó que la ciudad pagó 24 millones de dólares durante su campaña para ser seleccionada como sede, lo que suponía 5 veces más de lo que gastó *Salt Lake City* durante su campaña. Estas investigaciones dejaron en evidencia varios hechos contrarios a la ética, además de muchas dudas debido a que los documentos fueron destruidos. Sobre esto: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.). *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. pp. 427-429.

1194 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 96.

1195 Diario The Guardian: "The 40-year hangover: how the 1976 Olympics nearly broke Montreal". 6 de julio de 2016. Se puede consultar en: <https://www.theguardian.com/cities/2016/jul/06/40-year-hangover-1976-olympic-games-broke-montreal-canada>. (Consultado por última vez 20/10/2019).

durante los Juegos Olímpicos, quince miembros son de Federaciones Internacionales, otros quince de Comités Nacionales Olímpicos y setenta son miembros individuales, quienes están limitados a periodos de ocho años con posibilidad de reelección una única vez por cuatro años¹¹⁹⁶.

Por otra parte, se estableció una Comisión Permanente de ética que puso en práctica una serie de medidas encaminadas a evitar la corrupción entre dichas medidas destacan: Modificación del procedimiento de elección de ciudades candidatas para realizar los Juegos Olímpicos, entre ellas prohibir la visita de miembros del COI a las ciudades candidatas, creación de la AMA, mayor transparencia financiera mediante la publicación de informes sobre uso de recursos, sesiones abiertas a los medios de comunicación entre otros¹¹⁹⁷. Así mismo, se integró a figuras públicas internacionales, como ex presidentes de gobiernos, miembros de familias reales, entre otros¹¹⁹⁸.

Sin embargo y pese a estos importantes cambios en la estructura interna del COI la entidad ha sufrido otros cuestionamientos, principalmente respecto a los países elegidos para albergar los JJOO, ya que en los últimos años han sido seleccionados como sede Estados con una necesidad de limpiar su reputación política ante la comunidad internacional (tal y como sucede con las Copas del Mundo de la FIFA, por ejemplo China, Grecia, Rusia, Brasil, anteriormente también la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas e incluso la Alemana Nazi).

También el COI ha sido criticado por los altísimos costes que conlleva la organización de unos JJOO y por la gran cantidad de casos de dopaje que se han presentado, especialmente preocupante los casos de supuesto dopaje institucional de Estado, por parte de China y Rusia en los últimos veinte años, casos muy similares a lo que sucedió durante muchos años con la antigua República Democrática Alemana¹¹⁹⁹. Otro aspecto criticado es que la junta directiva (y las distintas comisiones del COI están conformadas por representantes de distintas federaciones nacionales tal y como sucede con la FIFA. Por lo tanto y si no existe un adecuado filtro de la idoneidad ética de

1196 Artículo 16 de la Carta Olímpica, de 17 de julio de 2020.

1197 GUERRERA OLEA, Antonio. "El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales", en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 150-151.

1198 <https://olympics.com/ioc/members>.

1199 La Antigua República Democrática Alemana y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas fueron duramente criticados por el dopaje de sus atletas, incluso en Alemania los casos llegaron a instancias judiciales. Estos casos se dieron bajo plena Guerra Fría y el intento desesperado del comunismo por vencer al capitalismo, es decir, con un amplio trasfondo político y económico detrás.

las personas acceden a las federaciones y Comités Olímpicos Nacionales, el sistema del COI estará expuesto a faltas éticas.

Como se analizó en los dos últimos capítulos, tanto el COI, como la FIFA son las dos más importantes entidades internacionales en materia deportiva y ambas cuentan como un gran poder ante la comunidad internacional¹²⁰⁰. Sin embargo, ambas entidades han experimentado graves casos de corrupción que les ha obligado a realizar cambios. Pese a esos cambios, no están exentas de críticas, su estructura organizativa podría mejorarse, desde el punto de vista de la prevención de delitos y la ética, además de que siguen existiendo figuras con amplios poderes de decisión y ejecución. Todo lo anterior debe ser abordado desde el punto de vista del *compliance*.

10. Conclusiones parciales

Cada ámbito económico tiene sus características especiales, características que deben ser tomadas en consideración junto a regulaciones sectoriales específicas con anterioridad a elaborar un programa de *compliance*. Sin embargo, en el ámbito deportivo profesional estas características tienen una importancia mayor, ya que las mismas inciden directamente en la forma en cómo se gestionan las entidades deportivas profesionales, que en la mayoría de los casos es de forma muy distinta a otro tipo de empresas. Asimismo, estas características específicas del ámbito deportivo difieren de las características de la mayoría de los sectores económicos tradicionales y representan un importante reto desde la óptica del *compliance*. En el siguiente capítulo se analizarán cómo estas características inciden en la criminalidad en el ámbito deportivo.

¹²⁰⁰ La importancia de los JJOO a nivel política es indiscutible; de acuerdo con algunas agencias de inteligencia, China le pidió a Rusia que atrasará la invasión a Ucrania hasta que los JJOO de invierno de 2022 disputados en China hubiesen terminado. Sobre esto: CNN, reportaje: “China asked Russia to delay Ukraine invasion until after Olympics, Western intel show”. 03 de marzo de 2022. Se puede consultar en: <https://edition.cnn.com/2022/03/02/world/china-russia-ukraine-invasion-olympics-western-intel/index.html>. (Consultado por última vez 03/03/22).

CAPÍTULO VI. CONTEXTUALIZACIÓN DE LA CRIMINALIDAD EN EL ÁMBITO DEPORTIVO

1. Introducción

Según las características específicas del ámbito deportivo, examinadas en el Capítulo V, y en consideración al historial de casos penales asociados con el deporte, pueden identificarse diversos delitos que representan un riesgo jurídico-penal inherente a este ámbito. Es posible distinguir tipologías delictivas particulares para este sector. Aunque la mayoría de los delitos, exceptuando el dopaje y el amaño de competiciones deportivas, pueden ocurrir en cualquier ámbito económico, las tipologías delictivas específicas aplicables al deporte requieren un análisis particular. Este análisis contribuirá a complementar el capítulo sobre compliance y la prevención de estos delitos. En consecuencia, se procederá a examinar en detalle los tipos penales específicos que pueden manifestarse en el ámbito deportivo, tales como el dopaje, el amaño de partidos y el delito de corrupción entre particulares, siendo este último destacado como uno de los principales delitos observados en el ámbito deportivo, como en los casos de la FIFA y el COI. Es relevante subrayar que el análisis de estos delitos se llevará a cabo desde una perspectiva jurídico-penal, criminológica y sociológica.

2. Dopaje en el deporte profesional

2.1 Introducción y concepto.

El dopaje es una de las amenazas más importantes que enfrenta deporte profesional ya que atenta directamente contra los valores supremos que intenta profesar el deporte en el mundo. Históricamente el dopaje ha existido desde que existe el propio deporte¹²⁰¹. Sin embargo, pese a

¹²⁰¹ El dopaje no es un fenómeno nuevo ya que su origen es mucho más antiguo de lo que se cree, y vale la pena analizar su evolución histórica: durante las antiguas olimpiadas (800 A.C) los atletas tomaban tés y aceites para aumentar el desempeño deportivo al igual que lo hacían los gladiadores en la antigua Roma; mientras que en las primeras olimpiadas modernas en Atenas en 1896, los atletas consumían estimulantes que contenían cocaína y epinefrina; en ese mismo año se registró la primera muerte en el deporte de la que se tenga noticia por causa de dopantes, Arthur Linton falleció luego de una etapa en la carrera Burdeos-Paris de ciclismo, a causa de una sobredosis del estimulante trimetil. En las olimpiadas de 1960 y 1964 se registraron varias muertes por uso excesivo de estimulantes y hormonas. Un importante avance de las sustancias dopantes se dio durante la Segunda Guerra Mundial, ya que los médicos de la Alemania Nacionalsocialista les daban hormonas y estimulantes a los soldados para hacerlos más agresivos y resistentes durante los combates. Posterior a la guerra los médicos alemanes ayudaron a los entrenadores de la Unión Soviética y otros países de Europa del Este a administrar hormonas a los deportistas. Por su parte, EEUU también colaboró de forma relevante en el desarrollo de los esteroides que tuvieron un gran auge en su uso en los deportes durante la década de 1960. Lo anterior, delimita la evolución histórica del dopaje durante una etapa en la que el control por parte de las autoridades era casi nulo ya que los controles antidopaje casi no existían. Sobre la historia del dopaje: ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis*

esa larga historia, es un problema que no solo no ha sido posible erradicar si no que cada vez se vuelve más compleja e incluso su abordaje disciplinario a nivel meramente deportivo ha demostrado ser insuficiente para combatirla. En virtud de esa circunstancia, el dopaje ha sido abordado directamente por el Derecho penal; en ese sentido vale la pena recordar que existen solamente dos delitos en el código penal español pensados de forma exclusiva para que sean cometidos en el ámbito deportivo, el dopaje y la corrupción deportiva. Esto evidencia varios aspectos: en primer lugar, la importancia del deporte profesional en la sociedad, en la economía, la justicia y hasta en la política; en segundo lugar, el aumento de casos de dopaje y corrupción deportiva que llevan a una represión de carácter penal; y, en tercer lugar, una nueva etapa en la relación deporte-Derecho penal en la que la rama jurídica ha comenzado a regular conductas relacionadas directamente con el ámbito específico. Todo lo anterior y debido a la especialidad del delito para el ámbito deportivo, obliga a un análisis más profundo del mismo.

De acuerdo con el Consejo de Europa, *el dopaje es un problema que debe tomarse con bastante seriedad ya que afecta no solo la integridad del deporte sino también la salud pública*¹²⁰². Ahora bien, desde el punto de vista del deporte, el consumo de sustancias dopantes, a diferencia del consumo de drogas en sociedad no tienen un fin recreativo, sino que se utilizan para mejorar la capacidad deportiva del consumidor¹²⁰³. Como resultado se experimenta una afectación a la integridad y a la competencia justa y honrada entre las partes (*fair play*), es decir una afectación al núcleo central del deporte.

y revisión bibliográfica. Reus Ed. 2016. p. 39; ABRAMS, R.I/ROBERTS, G.R/ROSS, S.F/ WEILER, P.C. *Sports and the Law. Text, cases and problems*. 4ta ed. Ed. West. 2011. p. 41; MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 10-11. GRIFFORD, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010. pp. 13-14; Diario de Navarra: “El dopaje de los soldados nazis”. 24 de octubre de 2016. Se puede consultar en: https://www.diariodenavarra.es/noticias/magazine/sociedad/2016/10/24/el_dopaje_los_soldados_nazis_493936_1035.html. (consultada por última vez el 10 de noviembre de 2019).

1202 DUTHIE, Max. “European community sports policy”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 321.

1203 Aunque no son pocos los casos de deportistas profesionales que han consumido drogas ilícitas, Maradona con la cocaína, Michael Phelps con la marihuana e incluso algunos han sido arrestados por tenencia o tráfico internacional, como el jugador de los *New England Patriots*, Duron Harmon que intentó ingresar a Costa Rica con 58 gramos de marihuana. Sobre esto: Diario La Nación, “Jugador de la NFL expulsado de Costa Rica al intentar ingresar marihuana en la maleta”. 23 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <https://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/jugador-de-la-nfl-expulsado-del-pais-al-intentar/PKBY2WA2ABH2JAW63XAVFRFOTI/story/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

El dopaje ha alcanzado niveles endémicos a tal punto que fue necesario crear la AMA como ente especializado encargado de investigar y aplicar las sanciones disciplinarias correspondientes¹²⁰⁴. Sin embargo, como se indicó anteriormente, la persecución y castigo del dopaje se encuentra en un momento de cambio ya que se ha variado el viejo paradigma de aplicación en forma de monopolio de la sanción disciplinaria, hacía un escenario en donde cada vez más Estados utilizan el Derecho penal para sancionar y perseguir el dopaje como un delito¹²⁰⁵, lo cual demuestra que los esfuerzos de la AMA no han sido suficientes.

Ahora bien, resulta importante definir el concepto “dopaje”, ya que, uno de los primeros problemas en la lucha contra esa conducta ha sido que no existe un consenso sobre el concepto¹²⁰⁶. Por ejemplo, el Consejo de Europa lo definió en 1963 de la siguiente forma¹²⁰⁷: *la administración a una persona sana o la utilización por ella misma de sustancias extrañas al organismo o de sustancias fisiológicas en cantidades y por vías anormales, con el único fin de conseguir un aumento artificial del rendimiento de esa persona al participar en una competición deportiva*¹²⁰⁸. Por su parte, la FIFA ha definido el dopaje como: *todo intento de lograr un incremento no fisiológico de la capacidad de rendimiento mental o físico de un jugador o la eliminación, sin justificación médica y con la finalidad de poder participar en una competición deportiva, de una enfermedad o lesión mediante la utilización o la administración, respectivamente suministración de una sustancia prohibida por parte del deportista o de una persona auxiliar, antes o durante una competición deportiva*¹²⁰⁹. Mientras que otras normas como el Código Mundial Antidopaje y la Convención Internacional contra el Dopaje de 2005 no plantean una definición conceptual, sino que solamente *hacen referencia que la conducta es una infracción de las normas antidopaje*¹²¹⁰.

1204 SMITH, A/STEWART, B. “Doping”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 257.

1205 NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 110; ANDERSON, Jack. “The juridification and criminalisation of doping: time to revive the spirit of sport?”, en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. p. 252.

1206 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 367.

1207 Comité de Educación Extraescolar del Consejo de Europa, 1963.

1208 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 1090.

1209 Reglamento de Control de Dopaje para las Competiciones de la FIFA en: NAVARRO DEL VALLE, Hermes. *Compendio de legislación deportiva. Fútbol. Normas que rigen el fútbol*. Ed. Investigaciones Jurídicas. 2000. p. 256.

1210 Artículo 2 del Código mundial Antidopaje y de la Convención Internacional contra el Dopaje.

Frente a este problema de carencia de una definición conceptual única y que sea concreta, la doctrina ha decidido establecer una definición de dopaje basada en los efectos que se busca con dicha conducta; en virtud de lo anterior se ha indicado que el dopaje produce: *un incremento o mejora del rendimiento deportivo, pero con la producción o posible producción de un daño a la salud del individuo que se dopa*¹²¹¹, recordando que cualquier medicamento que se utilice conlleva efectos reacciones adversas o efectos secundarios¹²¹². También se requiere que la sustancia o método dopante utilizado se encuentre dentro de alguna de las listas de sustancias prohibidas. Estos tres requisitos ayudan a delimitar el espacio de actuación frente al dopaje y permitir, al menos desde la doctrina, construir un concepto claro. El consenso radica en que el dopaje afecta la salud de los atletas, pero también afecta el núcleo central de la competición deportiva, al corromperla como una forma de corrupción.

2.2 Lucha contra el dopaje

Curiosamente, el primer deporte en combatir el dopaje de forma directa fueron las carreras de caballos, concretamente respecto al dopaje del que eran víctima los animales¹²¹³. Posteriormente, se inició una gran lucha contra el fenómeno del dopaje de forma casi generalizada por todo el ámbito deportivo, que llevó al establecimiento de una entidad internacional como lo es la Agencia Mundial Anti-Dopaje (*WADA – World Anti-Doping Agency*), que se analizará más adelante. Pero este gran cambio en los controles antidopaje se dio gracias al escándalo del atleta Ben Johnson, en las olimpiadas de 1988 en Seúl, ya que, fue detectado el uso de sustancias dopantes; sin embargo, lo que más llamó la atención fue que Johnson había pasado 19 controles antidopaje previos sin ser detectado¹²¹⁴. A lo largo de la historia de la lucha antidopaje se han descubierto miles de casos por dopaje¹²¹⁵.

1211 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. p. 43.

1212 SMITH MARSH, Daphne E. “Reacciones adversas a los fármacos (efectos adversos de fármacos)”. Manual MSD. 2016 Se puede consultar en el sitio <https://www.msmanuals.com/es-cr/professional/farmacolog%C3%ADa-cl%C3%ADnica/reacciones-adversas-a-los-f%C3%A1rmacos/reacciones-adversas-a-los-f%C3%A1rmacos>.

1213 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 115.

1214 MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S. “Biomedical side effects of doping”. Verlag Sport und Buch Straub. 2002. p. 10.

1215 A modo de ejemplo, el atletismo y, especialmente, los corredores de cien metros han sido los casos más sonados junto a los ciclistas, por ejemplo: Carl Lewis (tras haber impuesto la marca de 9.79), otros como Keli White, Tim Montgomery, Tyson Gay, Ben Johnson, los ciclistas Alberto Contador y Lance Armstrong además de Chris Froome después de ganar la vuelta a España en 2017. También en el tenis, André Agassi y María Sharapova, o incluso en deportes colectivos como exfutbolistas del FC Barcelona como Frank de Boer y Deco. Sobre esto: Diario El País: “Chris Froome, positivo en un control de dopaje en la vuelta a España 2017”. 13 de diciembre de 2017. Se puede consultar en:

Durante esa lucha, se ha descubierto que el problema del dopaje no es solamente relativo a los deportistas, ya que existen países que reciben fuertes cuestionamientos por el supuesto uso de dopaje de forma sistemática de sus deportistas nacionales, como parte de lo que ha sido llamado “dopaje de Estado”. Países como China han sido duramente cuestionados durante décadas por el dopaje, a modo de ejemplo el entrenador del equipo de natación olímpico chino Zhou Ming fue suspendido en 1998 por ocho años al estar involucrado en dopaje de sus nadadores, posterior a esta suspensión debe destacarse que China no ganó ninguna medalla en natación en los JJOO de Sídney 2000 y solamente una medalla en Atenas 2004¹²¹⁶.

Por otra parte, Rusia tuvo graves problemas y muchos de sus atletas quedaron fuera de los JJOO de Rio 2016, además de que la Federación Rusa fue sancionada fuertemente, siendo excluida de los JJOO de Invierno en Pionchang en 2018¹²¹⁷, de los JJOO de verano de 2020, de los JJOO de invierno 2022 y el Mundial de Fútbol de la FIFA de 2022¹²¹⁸. Dichas sanciones se han convertido en un nuevo precedente en materia de sanción antidopaje pero también dejan en evidencia la magnitud del problema y la lucha que se debe librar.

Otro aspecto en la lucha contra el dopaje es determinar los motivos que llevan a los deportistas doparse, para poder afrontarlos desde una perspectiva de prevención. La explicación a esta interrogante es compleja, y para comprenderse debe entenderse la presión que sufren los deportistas profesionales: la presión mediática, la presión del medio deportivo y la competencia, el sueño de

https://elpais.com/deportes/2017/12/13/actualidad/1513148128_856571.html?id_externo_rsoc=FB_CM. Lista de deportistas sancionados por dopaje: https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_doping_cases_in_sport.

1216 El entrenador Ming fue nombrado nuevamente encargado del equipo de natación después de cumplir su sanción, con la tarea de lograr un éxito en los JJOO que organizó China, el equipo de natación chino terminó obteniendo 6 medallas en Beijing 2008 lo cual ha levantado nuevamente los cuestionamientos. El cuestionamiento aumento especialmente desde un incidente en el que el nadador y campeón olímpico Sun Yang destruyó con un martillo el frasco de una prueba de sangre y rompió el cuaderno de notas del oficial encargado de la prueba antidopaje. Triatlón: “Sun Yang destruye con un martillo el frasco de sangre de una prueba antidopaje”. 29 de enero de 2019. Se puede consultar en: <https://www.triatlonweb.es/noticias/articulo/sun-yang-destruye-con-un-martillo-el-frasco-de-sangre-de-una-prueba-antidopaje?fbclid=IwAR3ixvWpVzcx5TjxQFH1sBRZ1bvX4i8tVJ2f0IX-MMDSbUvOIVBPoL7kR5A>. (Consultado por última vez el 21/10/2019). MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S/SARIKAYA, H/SCHONFELDER, M/SCHULZ, T. *Manual: Biomedical side effects of doping*. Institute of Public Health Research of the Technische Universität München, 2007. p. 22.

1217 Canal de Noticias CNN en español: “Comité Olímpico Internacional excluye a Rusia de Juegos Olímpicos de Invierno por casos de dopaje”. 5 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: <http://cnnespanol.cnn.com/2017/12/05/rusia-dopaje-eliminada-juegos-invierno-pyeongchang/#0>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1218 Diario El País: “La Agencia Mundial Antidopaje castiga a Rusia, pero no a sus deportistas”. 9 de diciembre de 2019. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2019/12/09/actualidad/1575887680_190022.html. (consultado por última vez el 9 de diciembre de 2019).

obtener contratos millonarios o la simple presión de lograr victorias, todo esto sumado a los pocos años que duran las carreras deportivas, son suficientes fuentes de presión como para que algunos deportistas decidan tomar el riesgo de doparse¹²¹⁹.

Muchos son los deportistas que aceptan correr ese riesgo de arruinar o finalizar su carrera deportiva o incluso las graves consecuencias económicas y legales a las que se exponen¹²²⁰; el mejor ejemplo de lo anterior es el ya citado caso de Lance Armstrong, quien confesó que se había dopado durante años para ganar el Tour de France y perdió contratos multimillonarios de patrocinio¹²²¹. De ese caso es posible extraer importantes conclusiones del motivo de los deportistas: por supuesto el éxito deportivo y los beneficios financieros, pero los deportistas destacaron especialmente dos razones: 1. Otros deportistas lo hacen, no son detectados y ganan las competencias; y 2. Presión o incitación por parte de los entrenadores para hacerlo¹²²². Estos aspectos son muy relevantes para la lucha contra el dopaje desde una perspectiva de prevención, con charlas y capacitación para los deportistas¹²²³.

Ahora bien, previamente se identificaron algunos deportes que han sido pioneros en la lucha contra el dopaje, sin embargo, existen otros deportes en los que, pese a ser recurrentes los casos de dopaje, no han atacado el problema de forma directa, por una falta de voluntad, tal es el caso de la MLB, casos como el de Alex Rodríguez (jugador mejor pagado de todos los tiempos), Mark McGwire o el de Barry Bonds (mejor jugador de todos los tiempos) han generado importantes

1219 GRIFFORD, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010. p. 10.

1220 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. p. 17.

1221 Aunque podría pensarse que el caso de Lance Armstrong es un hecho aislado la realidad es muy diferente; una encuesta, realizada a un grupo de atletas profesionales, saca a la luz conclusiones que llaman la atención, pero, sobre todo, deben encender las alarmas: el 98% de los atletas encuestados aseguró que utilizarían sustancias dopantes si eso significara ganar una medalla Olímpica sin ser detectados. Incluso el 50% respondió que sí estaría dispuesto a tomar sustancias dopantes aun cuando morirían de los efectos secundarios, pero asegurándose que durante los próximos cinco años ganarían toda competencia en la que participaran sin ser detectado su dopaje. La encuesta también permite rescatar conclusiones sobre las razones para doparse, Sobre lo anterior: BIRZNIECE, Vita. "Doping in sport: effects, harm and misconceptions". *Internal Medicine Journal* No. 45, 2015. Australia. p. 239-241.

1222 Ibidem. p. 241; y LAURE, P/THOUVENIN, F/LECERF, T. "Attitudes of coaches towards doping". *J. Sports Med Phys Fitness* 2001; 41: 132-6.

1223 El problema pareciera ser un tema de cultura dentro del deporte. Por ejemplo, el expresidente de la Federación Internacional de Atletismo, el senegalés Lamine Diack, fue condenado por la justicia francesa a cuatro años de prisión por cobrar comisiones ilegales a cambio de ocultar el dopaje de atletas rusos. Lo anterior evidencia lo peligroso que es el dopaje para el deporte y ha despertado la discusión de la necesidad de utilizar el Derecho penal.

cuestionamientos a lo interno de la MLB, procedimientos penales e investigaciones hasta por parte del Senado de los Estados Unidos de América¹²²⁴.

Por otra parte, la NFL ha implementado al menos dos controles antidopaje por temporada a todos sus jugadores para intentar apagar los cuestionamientos¹²²⁵. Muy llamativo es el caso del fisicoculturismo o *bodybuilding* en donde, el propio campeón europeo de dicha disciplina afirmó que la única opción para ser exitoso en dicho deporte es el dopaje¹²²⁶; lo anterior a raíz de una entrevista realizada debido al abandono masivo de participante de la II Copa Euskadi de dicha disciplina cuando se anunció que los competidores tendrían que pasar controles antidopaje¹²²⁷. Destaca positivamente el caso de la NBA, que ha implementado un importante programa antidrogas, permitiendo a los jugadores que confiesen el uso de sustancias dopantes o drogas recreativas la posibilidad de incorporarse a un programa de tratamiento sin ningún tipo de consecuencia disciplinaria, esto ha llevado a que, desde 1999 únicamente tres jugadores han dado positivos en controles antidopaje¹²²⁸.

Por otra parte, las formas de dopaje que se han descubierto a lo largo de los años son muchísimas y cada año se desarrollan nuevos mecanismos de dopaje, desde el clásico caso de estimulantes, pasando por los esteroides que son los más conocidos, el dopaje sanguíneo o el uso de EPO a partir de la década de 1980¹²²⁹, o el más moderno dopaje tecnológico utilizando en competiciones que requieren herramientas (ciclismo, béisbol, entre otros¹²³⁰). Lo anterior también supone un importante reto en la lucha antidopaje, que debe ser afrontado desde la investigación.

1224 CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. pp. 174-176. Alex Rodríguez fue suspendido con 162 juegos lo cual le costó \$25 millones de su salario.

1225 Ibidem. p. 30; y WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 301.

1226 Diario Marca: "Julen Ramírez, campeón de Europa de culturismo natural: "La única opción que te dan es doparte". 17 de octubre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/otros-deportes/2018/10/17/5bc71467ca4741c2638b4596.html>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1227 Diario Marca: "Se suspende un torneo de fisicoculturismo y fitness por abandono masivo al saber que se hacían pruebas antidopaje". 16 de octubre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/otros-deportes/2018/10/15/5bc4cbade2704ef6998b4575.html>

1228 CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. p. 31.

1229 GRIFFORD, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010. p. 29.

1230 En el ciclismo mediante la utilización de pequeños motores eléctricos que se activan en las secciones de mayor esfuerzo físico, y en el béisbol respecto al uso de bates huecos o con un relleno distinto.

Ahora bien, la lucha contra el dopaje se ha enfocado en dos tipos de proceso, a nivel disciplinario y nivel penal. Esa persecución se ha fundamentado en una serie de motivos: 1. *El dopaje afecta la salud de los deportistas*; 2. *afecta al juego limpio*; y 3. *Afecta la integridad del deporte como tal*¹²³¹. Ahora bien, pese a la corta historia que tiene la persecución del dopaje, es posible identificar 3 etapas en la evolución de esa persecución. La primera etapa, es posible dividirla en dos momentos, el nacimiento de la *Agencia Mundial Antidopaje*, el 10 de noviembre de 1999 en Lausana, Suiza¹²³², que se financia a partir de donaciones de contribuyentes particulares y especialmente del COI¹²³³. El objetivo de la AMA es promover y coordinar la lucha contra el dopaje, además de homogenizar los criterios básicos de la lucha contra el dopaje. Con esa finalidad, la AMA creó y revisa y actualiza constantemente el CMA (Código Mundial Antidopaje), en el cual se establece la lista de sustancias consideradas como dopantes y por ende prohibidas para la competición deportiva. Para facilitar la tarea de revisión y actualización del CMA, la AMA ha creado ADAMS (*Anti-Doping Administration and Management System*) un sistema *on line* que admite la transferencia internacional de datos relacionados a los controles antidopaje¹²³⁴; lo que permite detectar nuevas sustancias que se estén utilizando para dopaje.

El segundo momento, en esta primera etapa, se dio cuando las federaciones deportivas empezaron a utilizar el CMA como guía¹²³⁵. Si bien el CMA funciona como guía, tiene algunos elementos que no pueden ser modificados por las federaciones, por ejemplo, la lista de sustancias dopantes y procedimientos para detectar el dopaje¹²³⁶.

Como segunda etapa, y para darle fortaleza al trabajo que realiza la AMA, se debe identificar la entrada de la Comunidad Internacional en la lucha antidopaje, mediante la aprobación e implementación de convenios internacionales, por ejemplo: *El Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa y la Convención Contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO*¹²³⁷. Que

1231 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 23.

1232 Fue establecida fiel a la tradición suiza de fundaciones, como una fundación de Derecho privado suizo,

1233 Lo cual puede representar un riesgo para su imparcialidad sino se establecen controles adecuados.

1234 <https://www.wada-ama.org/en/what-we-do/adams>.

1235 RODRÍGUEZ GARCÍA, José. “El dopaje en el deporte y su marco de prevención y sanción”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 829. Ese autor cita la resolución del TAS: CAS 2005/C976 & 986 FIFA & WADA de 21 de abril de 2006.

1236 Ibidem.

1237 El Convenio contra el Dopaje del Consejo de Europa de 16 de noviembre de 1989, Estrasburgo, Francia, y la Convención Contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO de 19 de octubre de 2005, París, Francia, que entró en vigor en febrero de 2007, y

incluyen aspectos relativos a obligatoriedad de implementación de controles antidopaje y el aporte económico de los Estados para financiar a la *AMA*¹²³⁸.

La tercera etapa de persecución del dopaje surge cuando los propios Estados comenzaron a aprobar distintas leyes internas encaminadas a combatir el dopaje, por ejemplo, España aprobó la LO 3/2013, de 20 de junio, de Protección de la Salud del Deportista y Lucha Contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, una herramienta muy importante ya que posee dos características: considera que son igual de graves los casos de dopaje asociados al deporte de recreo como los del deporte profesional, es decir la tolerancia al dopaje debe ser nula a cualquier nivel deportivo; así mismo establece que cualquier resolución dictada por las autoridades antidopaje de otros países o por las federaciones o entidades internacionales competentes serán reconocidas de forma inmediata en España, de acuerdo con el art. 31.2¹²³⁹.

Cabe destacar que previo a la LO 3/2013, en España ya existía otro ente en materia antidopaje: la Agencia Estatal Antidopaje, encargada de la prevención, control e investigación sobre el dopaje y sus efectos en la salud¹²⁴⁰. Más recientemente, España ha actualizado su normativa con la aprobación del RDL 3/2017, de 17 de febrero, por el que se modifica la LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, y se adapta a las modificaciones introducidas por el Código Mundial Antidopaje de 2015, la L 39/2022, de 30 de setiembre, del Deporte, y la L 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje.

Se considera la cuarta etapa de la persecución del dopaje cuando los Estados castigan mediante el uso del Derecho penal el dopaje en cualquiera o en todas sus modalidades (venta de productos, distribución, creación, suministro, uso, y otras), es decir, cuando se establece un delito específico para el dopaje, tal y como lo ha incluido España en su código penal. Cabe mencionar que esta etapa

que fue aprobada por más de 170 países. Sobre esto: <http://www.unesco.org/new/es/social-and-human-sciences/themes/anti-doping/international-convention-against-doping-in-sport/background/>. (consultada por última vez el 10 de noviembre de 2019).

1238 Adicionalmente, el primero establece entre otros aspectos la obligación de establecer laboratorios especializados antidopaje, establecer controles antidopaje en y fuera de competición, financiación por parte de los gobiernos a las organizaciones deportivas para establecer controles antidopaje.

1239 Los recursos de apelación en contra de las sanciones deportivas impuestas por federaciones o entidades internacionales de control de dopaje se deben presentar ante el TAS, y específicamente ante la División de Arbitraje de Apelación.

1240 Real Decreto 185/2008 de 8 de febrero.

es poco común en los Estados, en virtud de que son pocos los países que castigan penalmente el dopaje.

Centrando la atención en España, la persecución del dopaje se puede dar por medio de dos procesos: en primer lugar, un proceso administrativo sancionatorio conducido por la AEPSAD y seguido en contra del deportista, que debe respetar todas las garantías fundamentales de los deportistas¹²⁴¹ y, en segundo lugar, un proceso penal seguido contra el sujeto que haya facilitado o administrado la sustancia dopante al deportista. Ambos tienen importancia desde el punto de vista de *compliance*, en el primer escenario debido al impacto reputacional que pueden tener dichos procesos en casos de clubes deportivos relacionados directamente con el deportista involucrado y las sanciones o medidas cautelares que pueden ser impuestas, así como desde el punto de vista económico, ya que si la estrella de un club recibe una sanción sin lugar a dudas esto podrá afectar las finanzas del club (posible traspaso del deportista, cese de venta de camisetas deportivas); mientras que en el segundo escenario además del gran impacto reputacional también se puede generar responsabilidad penal para la entidad deportiva ya que dicho delito ha sido incluido en el catálogo de delitos que generan responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Si bien ambos procedimientos son importantes, se analizará únicamente la persecución penal del dopaje¹²⁴².

El CPE sí regula un delito específico de dopaje y, desde el 1 de julio de 2015, el legislador español estableció la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas por ese delito. De esa forma en los últimos años se han empezado investigaciones y procesos penales en contra de

1241 De acuerdo con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los procedimientos administrativos sancionadores son aplicables las mismas garantías y derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales firmado en Roma en 1950. Por último, en el caso de sanciones por dopaje, las mismas tienen un carácter internacional, es decir son de acatamiento obligatorio en cada país, en el caso de España, un deportista únicamente puede solicitar una revisión de la sanción extranjera para determinar si la misma fue impuesta respetando el debido proceso y las garantías. Sobre esto: TEDH, Corte Plena, sentencia de 21 de febrero de 1984, caso Ozturk vs. Alemania, caso no. 8544/79; y RODRÍGUEZ TEN, Javier. “El régimen disciplinario del deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 816.

1242 La persecución penal dependerá de cada país y la legislación vigente; en algunos casos podrán incurrirse en delitos como tráfico de drogas, como en Estados Unidos o Francia. Sin embargo, no en todos los ordenamientos existe un tipo penal específico para el dopaje, por el contrario, más bien son pocas las legislaciones que prevén el tipo penal; por ejemplo, en Alemania no existe un tipo penal que castigue el dopaje, únicamente se castiga la posesión de cantidades no pequeñas de fármacos destinadas al dopaje humano en el deporte. En EEUU y Francia existen casos como ejemplos: el exatleta David Jenkins fue condenado a una pena de 7 años de prisión por ingresar por la frontera de México a Estados Unidos con el equivalente a 70 millones de dólares en sustancias dopantes; mientras que el médico Willy Vogt ex entrenador del equipo ciclista Festina que compite en el Tour de Francia fue encarcelado después de ser detenido con grandes cantidades de EPO sobre esto: Grifford, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010. p. 43; Schmitt de Bem, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 373 y 376; y Valls Prieto, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (11-14). 2009. pp. 19-20.

organizaciones que producían y comercializaban sustancias dopantes especialmente en gimnasios y también en clubes deportivos amateurs¹²⁴³. Ya se han iniciado procesos penales en España en donde se investiga el delito de dopaje¹²⁴⁴. Asimismo, algunos deportistas de elite han levantado la voz contra las entidades que organizan los eventos de máximo nivel, exigiendo el establecimiento de controles antidopaje para deportistas amateurs¹²⁴⁵.

Para que sea factible utilizar el Derecho penal es necesario que exista la afectación de un bien jurídico; esto ha generado una importante discusión sobre el bien jurídico protegido por el delito de dopaje. En el CPE, el tipo penal se encuentra dentro de los delitos contra la salud pública, es decir desde una perspectiva supraindividual. Sin embargo, algunos autores consideran que lo que ha buscado el legislador es la protección del *fair play*, o la pureza deportiva¹²⁴⁶. Si fuese así, la justificación sería contrario a los principios generales de un Derecho penal democrático, basado en la *ultima ratio* y en el castigo exclusivo de las vulneraciones más graves a bienes jurídicos. Para algunos autores como ROXIN, el dopaje debe tratarse como un delito económico y específicamente como un delito contra la libre competencia¹²⁴⁷.

Por su parte, la exposición de motivos de la LO 11/2021, de 28 de diciembre, de lucha contra el dopaje, afirma que se protege la salud, pero también y la competencia leal y en condiciones de igualdad en las distintas prácticas deportivas¹²⁴⁸; lo anterior tiene como consecuencia que un elemento esencial del tipo penal sea un peligro concreto para la salud de la persona que consume la sustancia dopante, algo similar a lo que sucede con el consumo de drogas, en donde el consumidor no es castigado, pero quien vende, transporta, produce o comercializa la droga sí, por la capacidad de generar daño a la salud de terceros.

1243 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 365.

1244 Triatlón Web: “Once detenidos entre ellos Ilias Fífa, en diez registros policiales”: 26 de octubre de 2017. Se puede consultar en: <http://www.triatlonweb.es/noticias/articulo/once-detenidos-ili-as-fifa-registros-policiales-operacion-contra-dopaje>

1245 El triatleta ya retirado y seis veces campeón del mundial de *Ironman* de Kona junto a otros triatletas elites exigieron a la organización del *Ironman* que se realicen controles antidopaje en las categorías amateurs de los eventos, sobre esto: Rev. Triatlón: “Dave Scott, a la cabeza de los que piden a Ironman medidas serias contra el dopaje en grupos de edad”. 8 de septiembre de 2018. Se puede consultar en: https://www.triatlonweb.es/noticias/articulo/un-pro-pide-firmas-para-que-ironman-tome-medidas-contra-el-dopaje-en-grupos-de-edad?fbclid=IwAR0aeQh2uBRAPQ-xE3wfeNWJXSsTFYJ2lZ5TAZQP6h6FhsWdnI2-9ch_ZnQ. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1246 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 1094-1095.

1247 ROXIN, Claus. “*Derecho penal y doping*”. En cuadernos de política criminal. Núm. 97, abril de 2009. p. 15.

1248 Preámbulo I de la ley.

En ese sentido, se considera al delito de dopaje como un delito de peligro concreto y es una norma penal en blanco, ya que es necesario complementarla con la lista de Sustancias Dopantes enumerada por el CSD, lista que incluye una cantidad importante de sustancias de distinta naturaleza¹²⁴⁹. También es necesario comprobar que dicha sustancia es efectivamente nociva para la salud, es decir, probar el riesgo concreto para salud mencionado anteriormente¹²⁵⁰ y por ello es necesario probar la peligrosidad de la conducta desde una perspectiva *ex ante*¹²⁵¹.

En general, el objetivo de las sustancias dopantes es mejorar el desempeño del deportista, no causar efectos negativos en el deportista¹²⁵², por lo que podrías llegar al día en que las sustancias y

1249 Por otra parte, existe gran variedad respecto a las drogas utilizadas como dopantes, desde estimulantes hasta marihuana como relajante, esta última utilizada por los lanzadores de flecha con arco o de tiro, e incluso se ha descubierto una nueva tendencia por parte de los deportistas de usar nuevas drogas que ni siquiera están en el mercado o incluso que no son conocidas por médicos. MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S. “Biomedical side effects of doping”. Verlag Sport und Buch Straub. 2002. p. 11. Los especialistas indican que la detección antidopaje va muy por detrás de los nuevos métodos dopantes utilizados por los deportistas. 1250 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Delitos contra la salud de los consumidores” en: CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.) *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 589; MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 1101; CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito Dopaje*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. p. 26; y SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 370.

1251 Esta es la principal diferencia respecto al delito de lesiones, pues el delito de lesiones para proteger la integridad personal requiere una afectación para la salud palpable, al ser una infracción de resultado material, mientras que el dopaje únicamente se exige un riesgo para la salud, sin necesidad de comprobar la afectación real de la salud, por lo que el tipo penal se completa con el solo hecho de prescribir la medicación sin necesidad que el deportista la consuma. Respecto a los riesgos específicos para la salud, varían los posibles efectos dependiendo del producto, método utilizado e incluso de quien suministre o realice el procedimiento dopante; algunos se limitarán a ocasionar un simple desequilibrio hormonal mientras que otros pueden llegar a ocasionar la muerte en el peor de los escenarios. Por ello vale la pena mencionar, aunque sea brevemente, los efectos de las sustancias y métodos dopantes más conocidos, por ejemplo, el dopaje sanguíneo, qué consiste en extraer sangre del atleta semanas antes de la competencia el cuerpo reemplazará lo extraído y momentos antes de la competición se le inyectaba la sangre extraída semanas atrás, produciendo un aumento en la hemoglobina y por ende en la cantidad de oxígeno que tiene la sangre. Se han dado casos de deportistas que al finalizar la competición sangran por la nariz, esto es debido al exceso de sangre en su cuerpo, esto es una evidencia de la afectación que sufre el cuerpo con este tipo de dopaje, al tener el cuerpo más sangre necesita más bombeo por parte del corazón esto sumado al esfuerzo que ya de por sí debe realizar el corazón durante la actividad física, puede desencadenar en un fallo cardíaco; aunque suele ser poco habitual, puede darse. Formas más comunes de afectación a la salud del atleta son: transmisión de enfermedades, taquicardia, shock anafiláctico, comezón, paro respiratorio, infecciones o trombos sanguíneos. Asimismo, se ha detectado que los deportistas se realizan este procedimiento de forma autónoma lo cual, incrementa el riesgo de otras complicaciones especialmente infecciones. En una redada antidopaje realizada por la policía austriaca previo al Campeonato Mundial de Esquí Nórdico, se encontró a un esquiador realizándose una transfusión sanguínea. Sobre esto Diario La Vanguardia: “El vídeo de un esquiador sorprendido en una redada antidopaje en plena transfusión de sangre”. 1 de marzo de 2019. Se puede consultar en: https://www.lavanguardia.com/deportes/otros-deportes/20190301/46762274733/max-hauke-dopaje-transfusion-de-sangre-esqui-nordico-video.html?utm_source=facebook&utm_medium=social&utm_content=deportes&utm_campaign=lv&fbclid=IwAR1QNeW1x0m29TGn0O86rBFYRgg6CO9l8KRLoXNfEq-WxkbAYXAnVvCWGJo. (Consultado por última vez el 21/10/2019); GRIFFORD, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010. p. 28.

1252 Sin embargo, la lista de efecto negativos es larga. Algunos ejemplos de las consecuencias de la utilización de sustancias dopantes son: 1. Los estimulantes pueden generar: un incremento de alergias, insomnio, ansiedad, agresividad, adicción, temblores, aumento de la presión sanguínea, riesgo de infarto, riesgo de derrame cerebral; la gravedad de estos efectos puede depender del tiempo de uso de los estimulantes; 2. Los diuréticos: (suelen ser utilizados para perder peso de forma rápida o para esconder el uso de otras sustancias dopantes durante los controles de orina o para reducir masa corporal y dar el peso exigido para poder competir en una categoría determinada) deshidratación, calambres musculares, baja en la presión arterial, desequilibrios de electrolitos graves con posibilidad de afectación a los riñones; 3. El EPO, que es una de las sustancias dopantes más famosas, puede ocasionar graves consecuencias en el organismo: hipertensión, trombosis, embolia pulmonar, embolia cerebral, muerte. 4. Los esteroides pueden tener los siguientes efectos: hipertensión, cambios en el metabolismo graso, afectación de los niveles de agua en el cuerpo, hipertrofia

métodos dopantes no tenga efectos negativos en la salud de los deportistas, cuando ese día llegue, podría discutirse si tendrá sentido una penalización desde el punto de vista exclusivamente de la protección de la salud, y su fundamento será la libre competencia deportiva¹²⁵³.

Ahora bien, se ha descubierto qué en la mayoría de casos los deportistas no utilizan una sola droga, sino que utilizan varias drogas o métodos dopantes¹²⁵⁴ y la vía de administración de las mismas puede ser mediante acciones peligrosas para el cuerpo como, por ejemplo: dopaje genético, perforaciones intravenosas o sustitutos sanguíneos, todas estas acciones por si solas conllevan un riesgo potencial considerable para la salud de los atletas aunado al riesgo de la sustancia dopante propiamente¹²⁵⁵, lo cual aumenta cuando se toma en consideración que dichas sustancias son adquiridas en el mercado negro por lo que pueden ser manipuladas por varias personas no capacitadas para ellos previo a que el deportista reciba la sustancia lo cual incrementa el riesgo para la salud¹²⁵⁶.

muscular, disfunción hepática, hepatitis, cáncer de hígado, acné, afectación del funcionamiento normal de hormonas en el cuerpo, afectación del balance del glucógeno, crecimiento de pechos en los hombres, disminución en la producción de espermatozoides y posibilidad de impotencia, atrofia testicular, crecimiento excesivo de la próstata, masculinización en las mujeres (afectación del ciclo menstrual, crecimiento excesivo de vello en la cara y el cuerpo, agudización de la voz), rupturas de tendones, cierra prematuro del ciclo de crecimiento en adolescentes, agresividad, incremento del apetito sexual que puede llegar a ser incontrolable, náuseas, nerviosismo, aumento de la presión sanguínea, dolores de cabeza, insomnio, temblores e incluso un efecto psicológico como es un aumento de violencia. Por otra parte, no existen estudios clínicos de efectos en la salud por uso prologando de esteroides (más de 10 años de uso) por lo que estos efectos negativos podrían aumentar en usos prolongados. La mayoría de las sustancias dopantes buscan aumentar la capacidad de glóbulos rojos en sangre, esto se debe a que cuando se realizan actividades físicas el aumento de oxígeno por parte de los músculos aumenta de forma considerable, el 97% del oxígeno que le llega a los músculos es transportado por la hemoglobina, la cual se encuentra en los glóbulos rojos, por lo tanto si se aumenta la cantidad de glóbulos rojos se aumenta la cantidad de la hemoglobina y, por ende, se elevan los niveles de oxigenación de los músculos, evitando que los síntomas de la fatiga aparezcan y por ende el atleta puede esforzarse durante más tiempo a su máximo nivel. En este sentido cabe destacar el uso de EPO, que llegó a superar los resultados ofrecidos por el dopaje sanguíneo, sin embargo, también conlleva graves riesgos para la salud como se mencionó anteriormente. El EPO es una sustancia producida por los riñones de forma natural, su función es regular la cantidad de glóbulos rojos en la sangre, cuando se administra EPO a pacientes el objetivo es llevar sus niveles de glóbulos rojos a niveles normales, pero cuando se le administra a un deportista de alto rendimiento el efecto puede ser en un importante aumento de la capacidad, sin embargo, conlleva graves riesgos para la salud como un aumento en el espesor de la sangre lo que puede desencadenar en trombosis y ataques cardíacos. Concretamente, en el ámbito deportivo el uso del EPO está extendido en el ciclismo y en carreras de larga distancia de atletismo.

MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S. "Biomedical side effects of doping". Verlag Sport und Buch Straub. 2002. pp. 15-16; MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S. "Biomedical side effects of doping". Verlag Sport und Buch Straub. 2002. p. 19; MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S/SARIKAYA, H/SCHONFELDER, M/SCHULZ, T. "Manual: Biomedical side effects of doping". Institute of Public Health Research of the Technische Universität München. 2007. p. 40; y BIRZNIECE, Vita. "Doping in sport: effects, harm and misconceptions". Internal Medicine Journal No. 45, 2015. p. 239;

1253 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. p. 127.

1254 NIESCHLAG, E/VORONA, E. "Medical consequences of doping with anabolic androgenic steroids: effects on reproductive functions. European Society of Endocrinology. DOI: 10.1530/EJE-15-008. 2015. p. 47.

1255 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito Dopaje*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. p. 31.

1256 Ibidem. p. 38.

Además, debe sumarse que no se toman en consideración los choques químicos que pueden tener las distintas sustancias dopantes entre sí, lo cual genera un riesgo adicional¹²⁵⁷. Pero existe una importante crítica especialmente de los deportistas, en algunos casos la cantidad de sustancia prohibida es muy alta o muy baja. Por un lado, si es muy baja, puede darse el caso que el cuerpo del deportista la produzca de forma natural y en el control de dopaje se detecte un exceso; por otro lado, si el límite es muy alto el deportista puede administrarse pequeñas dosis sin llegar al límite de lo prohibido. Estos escenarios dependen del cuerpo de cada atleta.

Asimismo, el art. 4.3 del CMA, establece que existen sustancias que solas no estén prohibidas en la lista, pero utilizadas juntas a otras sustancias puedan dar un efecto potenciador para el deportista, por lo cual se establece su prohibición también. Sin duda el deportista que piense en tomar algún medicamento incluso para un resfrió o enfermedad deberá de consultarlo primero con un especialista en farmacología y sobre todo con un profesional con amplio conocimiento del código CMA, algo que debe ser previsto desde el punto de vista del *compliance* de las entidades deportivas.

El delito de dopaje en el deporte en España está regulado en el art. 362 quinquies y castiga al que facilite, suministre, proporcione o prescriba sustancias no permitidas dopantes, sin importar si las mismas tienen por receptor a un atleta profesional o a personas que únicamente realicen deportes por recreo, ya que lo que se castiga es la idoneidad para afectar la salud, sin importar si estamos ante un atleta profesional o no.

La principal característica es que, a diferencia de legislaciones como la belga e italiana, en el tipo español no se prevé un castigo penal para el atleta (ya sea profesional o de recreo), tal y como sucede con el autoconsumo en el tráfico de drogas¹²⁵⁸. Se considera que el Derecho penal no debe castigar las autolesiones de las personas, ya que las personas gozan de libertad para hacer con su cuerpo lo que quieran e incluso al extremo de quitarse la vida, no tiene legitimidad el Derecho penal para entrar a limitar dicha libertad¹²⁵⁹. En el deporte esta libertad no se limita únicamente a la decisión de doparse o no, esta libertad es mucho más amplia, por ejemplo, el boxeador con total

1258 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. pp. 50-61.

1259 Ibidem. pp. 50-61; y CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Delitos contra la salud de los consumidores” en: CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.) *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 588.

libertad decide si quiere combatir y exponerse a los golpes de un contrincante que le pueden causar serias lesiones o hasta la muerte. Fuera del ámbito penal el deportista tiene total libertad de decidir si utilizará algún tipo de dopaje o no, asimismo a la hora de que se le pida que realice un control de dopaje (ya sea examen de orina o de sangre) él mismo podrá negarse a realizarlo. Esta decisión del legislador español de no castigar al consumidor de la sustancia dopante ha recibido también importantes críticas, especialmente desde los sectores que abogan por un castigo más duro y ejemplar¹²⁶⁰.

Los deportistas son considerados víctimas, pese a que acepten o brinden su consentimiento para que les suministren la sustancia dopante. La conducta debe ser realizada con el objetivo de aumentar las capacidades físicas del atleta. En ese sentido, es necesario que la sustancia sea idónea para mejorar la capacidad física del atleta, pero también que sea efectivamente nociva para la salud del deportista atendiendo a las circunstancias en el caso en concreto¹²⁶¹, es decir estamos en presencia de un delito de peligro concreto¹²⁶².

Respecto al sujeto activo del delito de dopaje, podrá ser cualquiera que propicie el consumo de sustancias dopantes, por lo que nos encontramos ante un delito común; en la práctica el delito será cometido por personas que formen parte del entorno del deportista (ya sea profesional o amateur) y especialmente personal sanitario con acceso a sustancias dopantes¹²⁶³. También debe considerarse como posible sujeto activo del delito a los llamados “*narcotraficantes de gimnasio*”¹²⁶⁴, aquellos que proporcionan esteroides o sustancias afines para aumentar la masa muscular a personas que realizan deporte en los gimnasios por recreo, especialmente, fisicoculturistas¹²⁶⁵. Sin embargo, se sabe que al igual que en el tráfico de drogas, detrás de esas personas, se encuentra el crimen organizado y existe un amplio mercado negro de sustancias dopantes.

1260 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito Dopaje*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007. p. 60.

1261 SSAP Huelva. 1ª 3/14, 10-1.

1262 SAP Logroño 1ª 87/15, 26-5.

1263 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. p. 210.

1264 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. “El “narcotraficante de gimnasio”. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”. *Rev. española de derecho deportivo*. No. 31, 2013. ISSN 1132-9688, p. 94.

1265 Una laguna de punibilidad es el caso dopaje de animales que participan en competiciones hípcas y carreras de galgos. Esto pese a que en la LO 3/2013 en la disposición final tercera se estableció. que el Gobierno deberá de presentar en el plazo de seis meses un proyecto de ley para luchar contra el dopaje en animales.

Respecto a las conductas típicas del delito, el tipo penal describe dos conductas que por lo general solo podrán ser realizadas por personal sanitario: prescripción y dispensación de sustancias dopantes. Por otra parte, el tipo penal describe una serie de conductas que podrán ser cometidas por cualquier persona: *ofrecimiento, entrega, administración, proporcionar y suministrar*¹²⁶⁶. Respecto al elemento subjetivo, el tipo penal acepta dolo directo y dolo eventual; además existe un elemento subjetivo del injusto, ya que debe existir la finalidad de aumentar las capacidades físicas del deportista¹²⁶⁷, sin que sea necesario que efectivamente se aumente esas capacidades para poder castigar la conducta.

Desde el punto de vista de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, existe un riesgo inherente alto de que el delito se pueda dar en las entidades deportivas profesionales, lo cual deberá ser ampliamente valorado en el análisis de riesgos y deberán implementarse los controles adecuados para evitar que el riesgo se materialice. Lo anterior supone un importante reto ya que es un riesgo que solamente se puede identificar en el ámbito deportivo.

En el panorama a futuro del dopaje se plantean nuevos retos para las agencias antidopaje, las autoridades, las entidades deportivas, la persecución penal y el *compliance*, ya que existe un nuevo fenómeno, el llamado dopaje genético, el cual consiste en la adición, supresión, remplazo o modificación de uno o varios genes del sujeto destinatario de la acción con el objetivo de incrementar sus capacidad y habilidades deportivas; además es posible la cura de enfermedades a futuro o de padecimientos. Debe tenerse claro que aún no se conocen las consecuencias que puedan tener estos procedimientos en la persona¹²⁶⁸. Actualmente tampoco existe un tipo penal que permita castigar esas figuras concretas, ya que no es posible englobarlas en el artículo 159 del CPE, tipo penal reservado para la manipulación genética¹²⁶⁹.

1266 ANARTE, E/MORENO, F. “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, en: DOVAL PAIS, Antonio (Dir). *Dopaje, Intimidad y datos personales*. Ed. Iustel. 2010. p. 26.

1267 CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Delitos contra la salud de los consumidores” en: CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir) *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 590.

1268 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. pp. 111-113.

1269 Ubicándose en la realidad actual, Algunos clubes deportivos de máximas categorías ya están realizando exámenes genéticos completos a sus futuros jugadores como parte del examen médico general que se suele realizar a deportistas antes de ser contratados, estos exámenes genéticos permiten detectar entre otras cosas, enfermedades que el deportista es vulnerable a contraer o a desarrollar, incluso es posible detectar si el deportista tiene altas posibilidades de convertirse en alcohólico¹²⁶⁹. Estos análisis tienen una serie de implicaciones no solo éticas, sino incluso jurídicas, ya que se puede discutir si suponen una vulneración al derecho de la intimidad del deportista. Diario Sport. “El verdadero ADN Barça”. 01 de abril de 2017. Se puede consultar en <https://www.sport.es/es/noticias/barca/verdadero-adn-barca-5940654>. (consultado por última vez 18/02/21).

Por otra parte, un nuevo reto lo representa el denominado dopaje mecánico o electrónico, el mismo se está dando en deportes en donde se utiliza herramientas, como por ejemplo los deportes de motor o el ciclismo, por ejemplo: la bicicleta “dopada” que cuenta un pequeño motor eléctrico que el ciclista lo activa en los tramos más difíciles de la carrera¹²⁷⁰, o el famoso caso de los balones de fútbol americano desinflados (“deflategate case”) por el cual fue sancionado el famoso jugador Tom Brady¹²⁷¹, o el caso de las bolas de béisbol en la MLP, al darse un récord de *home runs* en una temporada¹²⁷². Efectivamente, dichas conductas no son objeto de sanción penal en la actualidad. Sin embargo, existe un creciente consenso en torno a la noción de que la esencia de los delitos de dopaje radica en la preservación de la equidad en la competición deportiva. En consecuencia, es pertinente plantear si el dopaje electrónico debe ser contemplado dentro del ámbito del Derecho penal en el futuro. No obstante, es importante tener en cuenta que, en este caso, la lesión al bien jurídico protegido no necesariamente se relaciona con la salud. Desde la perspectiva del cumplimiento normativo, resulta imperativo realizar un análisis exhaustivo al respecto.

El problema del dopaje resulta complejo, el abordaje tanto administrativo como penal conlleva un importante análisis; desde comprender la motivación del deportista para doparse (cada vez es más difícil que un deportista logre sobresalir) y la presión a la que están sometidos para utilizar sustancias dopantes. En ese sentido, las entidades deportivas profesionales tienen un riesgo sumamente complejo ante sus ojos, y un riesgo que es exclusivo del ámbito deportivo y, por lo

1270 Un ciclista aficionado francés fue castigado con un euro de multa y 60 horas de servicios a la comunidad por delito de fraude y una suspensión de 5 años por parte de la Federación Francesa de Ciclismo luego de que se declarará culpable de usar un motor eléctrico en su bicicleta durante una competencia. Anteriormente la ciclista belga Femke Van den Driessche fue castigada con una suspensión de 6 años al usar un motor en su bicicleta durante el Campeonato Mundial de Ciclocross de 2016. Sobre esto: Rev. Triatlón: “Ya hay castigo para ciclista culpable de dopaje tecnológico”. De 15 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <http://www.triatlonweb.es/noticias/articulo/castigo-sentencia-ciclista-culpable-dopaje%20tecnologico>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1271 CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. pp. 38 a 51. El jugador Tom Brady fue sancionado con 4 partidos de suspensión y pérdida del salario equivalente a esos partidos –dos millones de dolares_ debido a que sabía perfectamente de la alteración que habían sufrido los balones y no dijo nada al respecto, el equipo fue sancionado con una multa de un millón de dolares. El caso llegó hasta los Tribunales Justicia norteamericanos y la sanción fue finalmente confirmada por una Corte de Apelaciones.

1272 Diario La República: “Bolas de béisbol hechas en Costa Rica se investigan por récord de home runs”. 5 de mayo de 2019. San José, Costa Rica. Se puede consultar en: https://www.larepublica.net/noticia/investigan-bolas-de-beisbol-hechas-en-costa-rica-por-record-de-homeruns?fbclid=IwAR3r6ulv2ICM_wOrLWOpfTBr1LmlUBNc4rFgyd-rJigicNdTvaDwu6OLuKs. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

tanto, debe comprenderse ampliamente el problema del dopaje previo a realizar un programa de *compliance*.

Por último, existe un peligro inminente e inherente que tiene el fútbol europeo profesional, ya que cada año el calendario anual de competiciones se hace más extenso, lo cual significa mayor cantidad de partidos, menos tiempo de descanso, mayor esfuerzo físico, mayor desgaste y menos años en la competición de máximo nivel, elementos que podrían motivar a los futbolistas a utilizar sustancias dopantes para mejorar su resistencia. Es aquí donde las entidades deportivas profesionales tienen la obligación de poner un freno a la expansión del calendario de competición y respetar los periodos de descanso de los deportistas profesionales, así como optar por una rotación constante de la plantilla.

3. Corrupción entre particulares y amaño de competiciones

3.1 Corrupción entre particulares

Una fase más reciente en la lucha internacional contra la corrupción ha cuestionado si resulta necesario castigar los comportamientos que afecten la libre competencia en el mercado, desde la penalización de conductas relativas al Derecho de la Competencia hasta el amaño de competiciones deportivas. Concretamente, la corrupción entre particulares es un delito de creación reciente e incluso son pocos los ordenamientos que lo han castigado; España es uno de ellos, mediante el art. 286 bis, que se divide en dos secciones y en lo que ha sido reconocido en la doctrina como dos tipos penales distintos¹²⁷³, uno referente a la corrupción entre particulares *strictu sensu* y otro referente a la corrupción deportiva o al amaño de competiciones deportivas, ese último será analizado en el siguiente epígrafe. Sin embargo, es importante adelantar que el ámbito deportivo

1273 1. Quien por sí o por persona interpuesta prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales, será castigado con la pena de prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja. 2. Con las mismas penas será castigado el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

ha sido escenario de algunos de los casos más relevantes de corrupción entre particulares y, por supuesto, tiene el monopolio de comisión de los amañes de competiciones deportivas.

La corrupción entre particulares ha sido construida tomando como base el cohecho de funcionarios público pero aplicado a relaciones meramente privadas, relacionadas directamente con negocios. Concretamente la corrupción entre particulares ha sido definida como: *la obtención de posiciones de ventaja en las relaciones económicas mediante el pago de sobornos*¹²⁷⁴. El mejor ejemplo de corrupción entre particulares, que curiosamente se produjo en el ámbito deportivo, es el ya mencionado caso FIFAGate; incluso ese caso marcó desde el punto de vista de la opinión pública uno de los primeros escenarios en que la opinión pública mencionó el término “corrupción entre particulares”¹²⁷⁵. Lo anterior, abrió la discusión sobre el alcance que puede tener la corrupción como tipo penal y la corrupción como concepto en sentido amplio, abordaje que fue realizado en el primer capítulo del presente trabajo.

Por desgracia, el caso FIFA no es el único caso que ha vivido el deporte profesional de este tipo. Por ejemplo, anteriormente en el apartado de organización de mega eventos deportivos se mencionó la posibilidad de que, para la obtención de contratos de construcción, se dan pagos ilícitos entre particulares, especialmente mencionado ha sido el caso de Brasil. Concretamente los casos de corrupción entre particulares en el ámbito deportivo suelen estar relacionados con las importantes decisiones en el deporte profesional que se toman mediante votaciones por parte de los órganos de gobiernos de entidades como el COI o la FIFA. Por ejemplo, las sedes de los Juegos Olímpicos tanto de invierno como de verano se realizan por votación de los miembros del COI, la selección de los países anfitriones de las Copas del Mundo de Fútbol se decide por votación de los

1274 SANTANA VEGA, DULCE. “Actividad económica y corrupción”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dir.) *Manual de Derecho penal económico y de empresa. Parte general y parte especial*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 352.

1275 No solo el fútbol ha sido escenario de esos casos, por ejemplo Bernie Ecclestone director de la F1 fue acusado de pagar un soborno de €33 millones a un banquero alemán para que una empresa en la que este le manejaba sus inversiones, comprara una parte de la participación del negocio de la F1; Ecclestone aceptó una multa de €100 millones ante el juez alemán para evitar ir a juicio, mientras que el banquero había sido condenado en 2012 a una pena de ocho años y medio de prisión por aceptar sobornos. Sin embargo, la corrupción entre particulares en el ámbito deportivo no es algo nuevo, ya desde mediados de los años 80 se alertaba que miembros del COI recibían regalos como viajes, becas para estudio, vacaciones, empleos o hasta dinero en efectivo por parte de las ciudades candidatas a ser sede de los JJOO. Sobre lo anterior: BBC News: “F1 boss Bernie Ecclestone pays to end bribery trail”. 5 de Agosto de 2014. Se puede consultar en: <http://www.bbc.com/news/world-europe-28656050>. (Consultado por última vez el 21/10/2019); WLADIMIR, Andreff. “Corruption in sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 51.

miembros de la FIFA¹²⁷⁶. La poca fiscalización y una cúpula manchada por escándalos no son un buen ejemplo para los comités encargados de tomar las decisiones tan importantes citadas anteriormente, es aquí donde los altos directivos ven la posibilidad de realizar “negocios” paralelos que les permitan beneficiarse de sus puestos y con consecuencias para los órganos y entidades profesionales que representan¹²⁷⁷.

Es importante destacar, que según las investigaciones de las autoridades norteamericanas en el caso FIFA, los sobornos eran solicitados por los directivos de la FIFA, pero también, en algunos supuestos, fueron ofrecidos por las empresas involucradas¹²⁷⁸. Esto permite afirmar que el fenómeno de la corrupción en la FIFA era conocido por las empresas que participaban el sector futbolístico lo cual permite inferir que la corrupción era ampliamente aceptada en el sector, o incluso que se había instalada una cultura de corrupción.

Sin lugar a duda, varias de las características del ámbito deportivo, mencionadas en el epígrafe específico, hacen susceptible al ámbito deportivo para que se cometa el delito de corrupción entre particulares: entre ellas las altas cifras económicas e intereses que se mueven en el ámbito deportivo, la organización de mega eventos deportivos, el poder, la pasión, transferencia de jugadores, la contratación con patrocinadores. Estas características pueden generar escenarios de corrupción entre particulares de la siguiente manera: la organización de mega eventos deportivos, puede generar pagos de sobornos por parte empresas especialmente constructoras (pero también de distintos bienes y servicios) a funcionarios de federaciones tanto nacionales como internacionales para obtener los contratos de construcción de recintos deportivos, respecto al poder, pasión y transferencia de jugadores, los mismos se pueden analizar en un solo ejemplo, un presidente de un club deportivo quiere demostrar su poder al fichar a una súper estrella que es pedida por la afición

1276 Un ejemplo de caso en donde se ha dado corrupción entre particulares, fue en la competencia por determinar cuál país sería la sede de la Copa del Mundo de la FIFA de 2010, la sede estaba siendo disputada por Marruecos, Egipto y Sudáfrica, fue una competencia muy pareja, tan solo un voto sería la diferencia para elegir la sede de dicho mundial; años después se supo que el representante de la FIFA por Trinidad y Tobago, ex vicepresidente de la FIFA y ex presidente de la CONCACAF, Jack Wagner recibió una oferta de un millón de dólares por parte de Marruecos para comprar su voto, sin embargo Sudáfrica le ofreció 10 millones, al final Sudáfrica fue la sede del mundial. Diario New York Times: “After indicting 14 soccer officials, U.S vows to end graft in FIFA”. 27 de mayo de 2015. Se puede consultar en: <https://www.nytimes.com/2015/05/28/sports/soccer/fifa-officials-arrested-on-corruption-charges-blatter-isnt-among-them.html>. (consultado por última vez 18/02/21).

1277 PRADERA, Javier. *Corrupción y política*. Ed. Galaxia Gutenberg. 2014. pp. 33-34.

1278 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 135.

de club y para lograrlo paga un soborno al presidente o a la directiva del otro club con el objetivo de que autoricen el traspaso del jugador.

En cuanto a la contratación con patrocinadores, puede mencionarse el ejemplo de una importante empresa no europea que quiere ingresar en el mercado europeo y para ello decide que una buena estrategia de *marketing* es ser el principal patrocinador de importantes clubes deportivos de las principales ligas de fútbol europeo, sin embargo, para facilitar dicha contratación dicha empresa decide pagar sobornos a la junta directiva de dichos clubes logrando o facilitando de esta forma la contratación. Todo lo anterior debe ser valorado durante el diseño y elaboración del programa de *compliance*, ya que permite identificar los riesgos propios de este tipo penal en el ámbito deportivo, así como diversas tipologías o escenarios frecuente en que se ven inmersas las entidades deportivas y con las cuales deben tenerse especial cuidado, así como diseñar controles específicos para evitarlos.

Las pocas herramientas para detectar estos hechos, los más graves casos mencionados han sido detectados en su mayoría por EEUU. Por ejemplo, el caso FIFAGate se destapó debido a que Estados Unidos quería ser anfitrión de la Copa Mundial de la FIFA para el año 2022, pero para sorpresa del mundo entero Qatar fue el país seleccionado, pese a que el mundial debía realizarse en verano y las temperaturas serán extremadamente calientes imposibilitando la práctica de cualquier deporte y, por último, obligó a mover el mundial a invierno por primera vez en su historia¹²⁷⁹. Todo esto despertó las alertas en las autoridades norteamericanas quienes iniciaron una amplia investigación, que derivó en el caso FIFAGate pero que también planteo fuertes y fundadas sospechas sobre otras operaciones en el fútbol especialmente europeo¹²⁸⁰.

1279 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. 2:2. 2014. p. 112.

1280 Los medios de noticias internacionales han descrito tramas adicionales a la corrupción deportiva y en relación a Qatar: Nicolas Sarkozy cuando era presidente de Francia, Michel Platini en ese momento presidente de la UEFA y la Familia Real Catarí, se reunieron en virtud de que cada uno tenía un problema: Sarkozy tenía malas relaciones con el canal Plus de Francia, Michel Platini necesitaba desesperadamente levantar económicamente el fútbol francés y la Familia Real Catarí quería que su país fuera anfitrión de un mundial de fútbol pero Estados Unidos era una competencia muy dura; las soluciones fueron sencillas, la Familia Real Catarí con una fortuna exorbitante compraría el canal Plus francés y al Paris St. Germain, principal equipo de Francia, acabando con el problema de Sarkozy, ayudando a Platini a “levantar” el fútbol Francés y de paso haciéndose con los derechos de transmisión de la Liga Francesa, Michel Platini ayudaría a Qatar a ganar la candidatura del mundial y Sarkozy que era el que había acercado a todos, le vendería 24 Cazas de combate Rafale a Catar por un precio total de 6.3 billones de euros Periódico France 24, Reportaje “Arms sales becoming France’s new El Dorado, but at what cost?”. 4 de mayo de 2015. Se puede consultar en <http://www.france24.com/en/20150503-arms-sales-becoming-france-new-el-dorado-but-what-cost-francois-hollande-saudi-arabia-rafale>. (Consultado por última vez el 21/10/2019). Periódico Le Monde, reportaje: “Mondial 2022: Michel Platini savait qu’il allait reconstruire les Qataris à Lèlysée”. 23 de noviembre de 2015. Paris, Francia. Se puede consultar en

3.2 Amaño de partidos

3.2.1 Problemática

Los grandes partidos y eventos deportivos mueven miles de millones de euros, por entradas al evento, compra de mercadería, premios a obtener y principalmente apuestas alrededor de los eventos. Si un árbitro recibe un soborno para que marque un penal inexistente cuando un jugador de un equipo se deje caer en el área del equipo rival, en los minutos finales de la Final de la *Champions League* cuando el partido va 0-0, es un hecho que no solo va a afectar al orgullo e historial del equipo perdedor, ese equipo dejará de percibir el premio que concede la UEFA al ganador de la *Champions League* que es de varios millones de euros, pero además es un delito en el que se ven perjudicadas las miles de personas que apostaron en ese partido al equipo que perdió. Es decir, es este caso se está ante un posible delito contra el orden económico y no solo contra el patrimonio del club que se verá perjudicado por el actuar delictivo del árbitro¹²⁸¹.

Ahora bien, el amaño suele estar íntimamente relacionado con una de las características del ámbito deportivo que puede ser criminógena, como lo son las apuestas, recordando la importancia que tienen las apuestas deportivas y la gran cantidad de dinero que mueven, hacen que el riesgo de este delito sea muy alto; especialmente si se toma en consideración que la gran mayoría de los deportistas ganan sumas monetarias bajas por su actividad deportiva, especialmente en clubes de fútbol de segunda o tercera división. En virtud de lo anterior, esas categorías han sido reconocidas por el riesgo de apuestas por parte de jugadores y en donde el amaño de partidos puede darse con mucha mayor facilidad que en las principales categorías¹²⁸².

Pero para entender mejor el fenómeno del amaño de partidos vale la pena destacar un importante trabajo que fue realizada por el canadiense DECLAN HILL, doctor en sociología por la universidad

http://www.lemonde.fr/football/article/2015/11/23/fifa-il-y-a-cinq-ans-platini-sarkozy-et-le-prince-heritier-du-qatar-au-dejeuner-de-l-elysee_4815602_1616938.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1281 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 333.

1282 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 78; WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 803. Incluso los árbitros apuestan, de los 640 árbitros de la NCAA un 40% admitió que apostaban y un 2% sabían de un árbitro que afectó el resultado de un partido para ganar apuestas. / Los casos de amaño de partidos suelen darse en las categorías más bajas dos motivos principales: 1. Menor control por parte de las autoridades, 2. Los deportistas de esas categorías reciben salarios mucho menores a los deportistas de máximas categorías, sin embargo, este último aspecto puede darse en máximas categorías con equipos de distinto tamaño.

de Oxford, quien realizó varios años de investigación que lo llevaron a viajar por gran parte de Asia y Europa, y qué le permitió publicar el trabajo que lleva el nombre de *The Fix: Soccer and Organized Crime*, y sin lugar a dudas es una importante muestra de los niveles a los que el amaño de partidos ha llegado.

DECLAN HILL ha puesto sobre la mesa que *el amaño de partidos es un problema en las principales ligas del mundo*¹²⁸³. Esto ha encendido las alarmas y ha llevado a la FIFA a activar un programa completo para luchar contra el amaño de partidos. La influencia de la obra de HILL para el análisis del delito de amaño de partidos en el presente trabajo doctoral es inmensa, ya que cambió la perspectiva del alcance del problema, dejando claro que nos encontramos ante un negocio de billones de euros y controlado por importantes grupos delictivos organizados, que en algunos casos prácticamente controlan Estados o Estados fallidos.

Pese a que la persecución y el castigo especialmente penal de esta conducta es algo relativamente nuevo, lo cierto es que el amaño en el deporte no es algo nuevo, existió en la antigua Grecia y en Roma¹²⁸⁴, y el primer caso en la época de la profesionalización deportiva se dio en 1919 con los Black Sox's en la MLB que aún es recordado¹²⁸⁵; otros casos relevantes fue el pase a la final de Argentina en la Copa Mundial de la FIFA en 1978¹²⁸⁶. En la actualidad el tema ha tomado más fuerza, con hechos tan cuestionados como la última jornada de clasificación para la Copa Mundial de la FIFA Rusia 2018 en las confederaciones de la CONMEBOL y la CONCACAF, donde un solo gol podía cambiar a los países clasificados al mundial y mover millones de euros en apuestas y en premios para las federaciones¹²⁸⁷. Mientras que, en Alemania, un árbitro confesó haber recibido cincuenta mil euros para pitar penales inexistentes y así afectar el resultado de cuatro partidos en la segunda división y la Copa Alemana, esto conllevó a que la organización delictiva detrás de dicho amaño fuera arrestada, y condenados a penas de entre 12 y 35 meses de prisión;

1283 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 108.

1284 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry", en ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. pp. 426-427.

1285 HARVEY, A/ LEVI, H. "Match fixing in international sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 297.

1286 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 16.

1287 Asimismo, otros deportes como el Cricket se han detectado y castigado gran cantidad de casos. GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016. p. 115.

además, se determinó que la organización ganó cerca de dos millones de euros con esos cuatro partidos¹²⁸⁸. Esto deja en evidencia el elevado lucro que existe detrás de los amaños.

En la Liga Española de Fútbol, son varios los casos que han llegado a juicio, sin embargo, hasta el momento ningún club deportivo ha sido condenado penalmente. El caso más relevante ha sido el denominado caso Levante vs. Zaragoza, en donde la fiscalía imputó penalmente al Zaragoza FC como persona jurídica por los delitos de amaño de partidos¹²⁸⁹. Sin embargo, tanto el club como todos los imputados fueron absueltos¹²⁹⁰. Mientras que en el caso CD Osasuna el club supuestamente pagó €400.000 a dos jugadores del Real Betis para que se dejaran ganar en 2014 y en la temporada 2012 pagó Real Valladolid FC (€150.000), al Real Betis (€150.000) y al Getafe FC (€400.000)¹²⁹¹. Sin embargo, en el auto el juez estableció que no existió delito por parte de la persona jurídica por contar con los adecuados medios de control¹²⁹², evidenciando la importancia de que los clubes deportivos cuenten con un adecuado modelo de *compliance* y de adecuados medios de control encaminados a prevenir delitos. En el juicio se condenó penalmente a varios jugadores, directivos y empresarios vinculados con el amaño. Sin embargo, el fallo del Tribunal Supremo Español es interesante por varios motivos: el TS entiende que estamos ante un delito de mera actividad, adicionalmente establece que el delito no puede cometerse cuando se pacte que el deportista debe ganar la competición, lo anterior en virtud de que ganar es la obligación de los deportistas y adicionalmente porque ganar no depende solo de la voluntad de un jugador sino que depende de una serie de factores adicionales, mientras que por otra parte perder una competición sí puede depender de un solo jugador. Partiendo de esa premisa, los premios pagados a los

1288 BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p.117; y ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. P. 78.

1289 Diario El Confidencial, artículo: "Fiscalía pide 2 años para 36 futbolistas por el amaño Levante - Zaragoza". 12 de febrero de 2018. Se puede consultar en: https://www.elconfidencial.com/amp/deportes/futbol/2018-02-14/fiscalia-pide-2-anos-36-futbolistas-amano-levante-zaragoza_1522034/. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1290 Diario El Mundo, artículo: "Ni un solo culpable del presunto amaño del Levante-Zaragoza de 2011 denunciado por La Liga". 29 de diciembre de 2020. Se puede consultar en: <https://amp-elmundo-es.cdn.ampproject.org/c/s/amp.elmundo.es/deportes/futbol/2020/12/29/5feb6c4dfc6c83784e8b462a.html>. (Consultado por última vez el 09/01/2021).

1291 IusSport. Artículo de CALONGE, Ángel Luis. Artículo "El delito de corrupción en el ámbito deportivo". 11 de marzo de 2015. Se puede consultar en: <https://iusport.com/not/5655/el-delito-de-corrupcion-en-el-ambito-deportivo/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1292 Auto del Juzgado de Instrucción número 2 de Pamplona de 11 de enero de 2016, ponente Fermín Otamendi Zozaya. Sobre dicho auto: GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 155-163; CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023. pp. 370-378.

jugadores por ganar un partido son conductas que carecen de antijuridicidad material y por ende no se castigan¹²⁹³.

Se ha afirmado que el amaño de partidos es considerado el acto de corrupción que más afecta la integridad del deporte¹²⁹⁴, y que más repercusiones tiene, ya que afecta a espectadores en el estadio, espectadores que ven el partido por televisión, a jugadores no incluidos en el amaño, patrocinadores, empleados del club, directivos, entre otros¹²⁹⁵, también afecta la legitimidad del deporte mismo y los valores que este intenta transmitir. Especialmente cuando se sabe que el deporte tiene tanta importancia en la sociedad actual. El amaño de resultados deportivos ha pasado de ser un hecho contrario a la ética y al espíritu deportivo castigable únicamente a instancia disciplinaria, para convertirse en un delito penal en distintos ordenamientos nacionales como es el caso de España.

Ahora bien, analizando el amaño de partidos desde un punto de vista más criminológico, se considera que el amaño puede darse por varios motivos: 1. Cuando los deportistas reciben bajos o nulos ingresos económicos por su actividad; 2. Carencias en la educación de los deportistas; 3. Mala relación entre los directivos del club y los deportistas; 4. Grandes brechas salariales entre deportistas de una misma liga; 5. Existencia de apuestas ilegales en la ciudad y el volumen de las mismas¹²⁹⁶; 6. El amaño necesita la colaboración de pocos deportistas por lo que es más fácil de concretar que si necesitara de toda una organización; 7. El poco control que existen en ligas inferiores por ejemplo tercera división; 8. Existencia de un alto nivel de corrupción en la sociedad en general; 9. Relación del crimen organizado con las apuestas ilegales¹²⁹⁷.

Otro importante factor que puede propiciar el amaño de competiciones deportivas, son las extorsiones que reciben los deportistas; esto se puede darse por distintos motivos, pero principalmente cuando un deportista tiene una deuda por apuestas o por es extorsionado por

1293 STS 61/2023, de 13 de enero. Ponente: Julián Artemio Sánchez Melgar. Destacable el siguiente párrafo: “*un jugador puede, con su actuación, como una opción posible, perder un encuentro, pero no ganarlo. Y no puede ganarlo porque no depende exclusivamente de su voluntad, sino de otros factores. Y lo que no puede conseguirse voluntariamente, porque es imposible, tampoco puede ser sancionable penalmente*”

1294 BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p.116.

1295 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 32.

1296 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. pp. 114, 220-221.

1297 HARVEY, A/LEVI, H. “Match fixing in international sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 309.

relaciones extramatrimoniales¹²⁹⁸, por ejemplo, se ha dicho que aproximadamente el 25% de los jugadores de la NBA han sufrido chantajes por prostitutas o actrices de la industria para adultos por relaciones extramatrimoniales a lo largo de su carrera¹²⁹⁹. De esa forma, las extorsiones y las amenazas pueden ser utilizadas para amañar competiciones al obligar a un deportista a perder una competición¹³⁰⁰.

El problema del amaño es sumamente grave, sin embargo, no se ha logrado determinar la cantidad de competiciones deportivas sufren amaño cada año, los datos posiblemente serán distintos en cada deporte y en cada país. Pese a esta dificultad, las autoridades europeas del fútbol han estimado que 27,000 partidos al año que se juegan en la UEFA, un 7% de esos partidos son manipulados por amañadores¹³⁰¹, es decir 1890 partidos de fútbol profesional son amañados al año solo en Europa. Estas estadísticas tan dramáticas permiten reconocer que, no dejan de ser pocos los casos han llegado a los tribunales, uno de los pocos casos que sí llegó a juicio fue en Turquía y en donde se procesaron a 93 personas por el amaño de partidos del *Fenerbache*¹³⁰².

Estos casos de corrupción han llamado la atención de las autoridades y de las federaciones deportivas quienes han considerado necesario la intervención del Derecho penal para hacer frente a los casos de manipulación de competiciones deportivas. En el caso español fue la propia LFP la que redactó en un primer intento un Proyecto de Ley contra el fraude en el deporte el cual remitió al Consejo Superior de Deportes, pero no llegó a corrientes legislativos, sin embargo, fue el primer

1298 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. P. 10; adicionalmente es importante indicar casos en los que los deportistas son víctimas de extorsiones o chantajes por parte de otros deportistas, como el caso del jugador francés Karim Benzema, quien fue condenado a un año de prisión por intentar extorsionar a Mathieu Valbunea con un video íntimo de ese último. Sobre esto: Diario BBC News: “Karim Benzema: French footballer guilty in sex tape blackmail case”. 24 de noviembre de 2021. Se puede consultar en: <https://www.bbc.com/news/world-europe-59399701>. (consultado por última vez 06/12/2021).

1299 Periódico NY Post. Reportaje: “How porn stars blackmail a ton of married NBA players” de 4 de marzo de 2016. Se puede consultar en <http://nypost.com/2016/03/04/how-porn-stars-blackmail-a-ton-of-married-nba-players/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1300 Un ejemplo de coacciones es el caso (ya mencionado en el apartado de pasión) el presidente del PAOK griego ingresó al terreno de juego cargando un arma de fuego para protestarle al árbitro por anular un partido, el partido fue suspendido pero dos horas después el árbitro cambió su decisión de anular el gol, declarando el gol como válido y dándole la victoria al equipo del PAOK, lo cual es una evidente coacción a la imparcialidad y libre decisión que debe tener un árbitro en un encuentro. Diario The Guardia: “PAOK owner who stormed pitch with gun ordered to testify”. 16 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <https://www.theguardian.com/football/2018/mar/16/paok-owner-ivan-savvidis-stormed-pitch-gun-ordered-to-testify>. (consultado por última vez 25/02/21).

1301 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 98.

1302 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. p 11; y Periódico El País: “Presidente del Fenerbahce esquivó la cárcel”, 2 de julio de 2002, se puede consultar en: http://deportes.elpais.com/deportes/2012/07/02/actualidad/1341228245_718632.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

paso hacia la regulación del inciso 4) del artículo 286 bis¹³⁰³. Otro claro ejemplo es Portugal que tras el caso conocido como el “silbato dorado” en que los máximos dirigentes de los equipos Boavista y Oporto fueron señalados por sobornar árbitros, sin embargo, existía una laguna de punibilidad en virtud de que no existía un tipo penal específico de corrupción deportiva, por lo cual tuvo como consecuencia que eventualmente se incluyera el tipo penal en la legislación portuguesa¹³⁰⁴.

Sin embargo, existen muchas legislaciones que no han regulado estos escenarios, un caso especial es Alemania que no ha creado un tipo penal destinado a castigar la corrupción deportiva y en donde se considera que los delitos comunes son suficiente para castigar cualquier tipo de criminalidad en el ámbito deportivo. Pese a lo anterior, varios penalistas alemanes abogan por implementación de estos tipos penales e incluso desde el año 2009 existe un proyecto de ley para castigar ambas conductas (*Gesetz zur Bekämpfung des Dopin und der Korruption im Sport*)¹³⁰⁵. En los países latinoamericanos la situación es más preocupante, ya que son pocos los casos que se detectan y, adicionalmente, no existen sanciones penales específicas para esos hechos¹³⁰⁶.

En la mayoría de los casos no son los deportistas o las personas directamente relacionados con el deporte los que tienen la iniciativa de amañar competiciones deportivas, sino las mafias especialmente relacionadas con las apuestas ilegales. Estos grupos buscan tener un contacto dentro de equipo, puede ser un directivo o ex jugadores del equipo, alguien que no cree sospecha alguna y que además tenga contacto directo con los jugadores y que posean información privilegiada del equipo, estos son los intermediarios entre los encargados de los amañes y los jugadores¹³⁰⁷.

1303 Esto justificado en que no existía un tipo penal idóneo para perseguir estos delitos, al ser la estafa insuficiente desde el punto de vista de los elementos objetivos del tipo para incluir los casos de alteración deliberada de un resultado de una competición deportiva.

1304 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. p. 47.

1305 Ibidem. pp. 48-49.

1306 ESPN: “México esta propenso al amaño de partidos, asegura abogado”. 1 de marzo de 2018. Se puede consultar en http://www.espn.com.mx/futbol/mexico/nota/_/id/4033755/mexico-esta-propenso-al-amano-de-partidos-asegura-abogado. (Consultado por última vez el 21/10/2019); Diario El País, “un sospechoso gol se vuelve un asunto de Estado en Colombia”. 06 de diciembre de 2021. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2021-12-06/un-sospechoso-gol-se-vuelve-un-asunto-de-estado-en-colombia.html?utm_source=Facebook&ssm=FB_CM&fbclid=IwAR1DlybnVFI4zPenuV0CkobUsTFoyBmRO7eiU3xiYARct1k1pa8xdmbPGS0#Echobox=1638818105-1. (Consultada por última vez 06/12/2021).

1307 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 21. Es habitual que ex jugadores ya retirados de los clubes deportivos tengan libre acceso a las dependencias de los clubes, puedan asistir a los entrenamientos y en general tengan acceso ilimitado a los jugadores, esta puede ser una llave de entrada para el amaño de partidos, especialmente si se tiene en consideración que los deportistas retirados no suelen tener fuentes fijas de ingresos y en muchos casos están en la bancarrota o con deudas, lo cual puede hacerlos caer a cometer este delito.

Posterior a esto, por lo general se busca primero conseguir a la estrella del equipo para que participe en el amañeo, ya que tiene la capacidad de convencer a los demás miembros de que participen¹³⁰⁸, o incluso podrá actuar solo en algunos casos. En deportes colectivos como el fútbol, se han identificado estrategias específicas para cada posición de juego, con las que cada jugador puede ayudar con la treta del partido e intentar pasar desapercibido el amañeo¹³⁰⁹.

Se ha determinado que, a la hora de realizar los pagos a los deportistas, se realizan dos pagos, un primer pago previo al partido y un segundo pago posterior al partido amañado y cuando el amañeo haya tenido lugar¹³¹⁰. En muchos casos con dinero en metálico, pero también es común que los encargados de los amaños les den tiquetes de lotería que ya han ganado y que compren previamente a los ganadores¹³¹¹. Adicionalmente se pueden esconder los pagos mediante supuesta “publicidad” o pagado directamente en cuentas en paraísos fiscales.

Por otra parte, son preocupantes los casos denominados como “*female bribes*”, los cuales no se tratan de un soborno, sino de una extorsión bastante utilizada con árbitros, quienes antes de importantes partidos recibían la visita de prostitutas a sus cuartos de hotel en algunos casos sin saber de qué se trataba, y a la mañana siguiente aparece el encargado de amañar el partido y quien había enviado a la prostituta y le indicaba lo que debía de hacer en el partido o se hará público lo que hizo la noche anterior¹³¹². Otro factor que está encendiendo las alertas son a las amistades de árbitros y deportistas, especialmente en el fútbol, por lo cual se ha encendido la discusión en torno al límite entre la vida profesional y privada de los árbitros, principalmente, si los réferis pueden ser

1308 Ibidem. pp. 23 y 73.

1309 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 29-33: estas estrategias dependiendo de la posición son: Porteros: salir del área la mayor cantidad de veces posible, rechazar un remate hacia el centro en lugar de hacia los lados, detener pero no retener el balón durante un tiro para que el rechace le quede a un delantero contrario, salir del arco y saltar sin coger el balón en un tiro de esquina. Defensas: el llamado pase “suicida” que es realizar un pase no correcto al portero para que un delantero rival tenga la opción de robar el balón y anotar, simplemente abandonar la posición e irse al ataque, dejando al delantero solo para un contraataque, dejarse regatear por un contrario con facilidad, cometer un penalti adrede. Delanteros: manteniendo el balón por mucho tiempo permitiendo que los jugadores contrarios le quiten el mismo, irse directo hacia un defensa sin intención de regatearlo perdiendo el balón, rematando de forma incorrecta puede ser suave, hacia fuera del marco o directo al portero.

1310 Ibidem. p. 149

1311 Ibidem.

1312 Ibidem. pp. 7 y 151. Adicionalmente se han cuestionado algunos pagos realizados a árbitros por parte de Clubes Deportivos, en algunos casos justificados desde el punto de vista de “informes técnicos”. Sobre esto: Diario El Confidencial. “El Barca pagó 1.4 M al vicepresidente del Comité de Árbitros por informes técnicos”. 15 de febrero de 2023. Se puede consultar en: https://www.elconfidencial.com/deportes/futbol/liga/2023-02-15/barcelona-vicepresidente-arbitros-jose-maria-enriquez-negreira-pago_3576448/. (Consultado por última vez 15/02/2023).

amigos de los deportistas¹³¹³. Por último, no se puede omitir el análisis de los escenarios en los que el pago lo realizan los clubes a árbitros o asociaciones de árbitros por supuestas asesorías¹³¹⁴. Lo anterior podría esconder también amaños o intentos por favorecer a los clubes.

3.2.2 Tipo penal

El delito de corrupción entre particulares en España fue introducido en el ordenamiento por medio de la LO 5/2010, de 22 de junio, que fue la respuesta del Estado español a la Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo de Europa, de 22 de julio de 2003¹³¹⁵, con el propósito de servir de herramienta en la lucha contra la corrupción en el sector privado y castigar toda conducta que pueda suponer una distorsión de la competencia¹³¹⁶. Posterior a esto, mediante la reforma LO 1/2015, la sección 4ª del código penal cambia el nombre del tipo penal, para llamarlo corrupción en los negocios, e incluye las conductas de corrupción en el ámbito privado, la corrupción en las transacciones comerciales internacionales y la corrupción en el deporte. Estas conductas son castigas en virtud de que se considera que pueden ser sumamente lesivas para las empresas, la economía y los consumidores, pues al igual que la corrupción pública, encarecen los costos de bienes y servicios y afectan la libre competencia en el mercado. La estructura del delito es similar a la del delito de cohecho, pero sin ser un delito especial.

El tipo penal se encuentra regulado en el artículo 286 bis y ha sido incluido en los delitos contra el patrimonio y el orden económico. Pero a diferencia del delito de corrupción entre particulares que era requerido en cumplimiento a la normativa comunitaria¹³¹⁷, el delito de corrupción deportiva no obedece a una obligación comunitaria¹³¹⁸, sino a la presión ejercida por ámbito deportivo. La adopción de este tipo penal ha generado una importante discusión, especialmente porque el tipo

1313 Diario AS, “Las amistades peligrosas de los árbitros”. 2 de septiembre de 2020. Se puede consultar en: https://as.com/opinion/2020/08/26/blogs/1598395899_380012.html (consultado por última vez el 21/09/2020)

1314 Recientemente el denominado caso Negreira ha encendido las alarmas en el fútbol español. Sobre esto. Diario El País: “El juzgado del caso Negreira” sitúa ahora como investigado al hijo del exdirigente arbitral”. 02 de junio de 2023. Se puede consultar en: <https://elpais.com/deportes/2023-06-02/el-juzgado-del-caso-negreira-situa-ahora-como-investigado-al-hijo-del-exdirigente-arbitral.html>. (consultado por última vez 19/06/2023).

1315 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 1074 y 1075.

1316 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 34-35.

1317 Según la Decisión marco 2003/568/JAI de 22 de julio, los países miembros deberían de castigar las conductas de corrupción en los negocios.

1318 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 12, 13, 20, 33, 34, 39 y 188.

penal ha significado un cambio de paradigma respecto a la costumbre de tratar los problemas relativos entre negocios de particulares por medio del derecho privado y del derecho administrativo sancionador¹³¹⁹; mientras que el nuevo escenario plantea la persecución penal de lo que podría considerarse una conducta moral o mala práctica en los negocios. Sin embargo, lo cierto es que el bien jurídico titulado ha sido definido como el funcionamiento de la libre competición deportiva y los valores deportivos¹³²⁰.

En ese sentido, para algunos autores este tipo penal únicamente se puede justificar desde el punto de vista de la ineficiencia por parte de los sistemas disciplinarios deportivos¹³²¹, y un deseo del legislador de proteger penalmente la pureza deportiva ya que el inciso 4) del artículo 286 bis no persigue ni castiga realmente una afectación real a la libre competencia y al mercado¹³²². Esa apreciación realizada por de CORTÉS BECHIARELLI debe analizarse desde la experiencia de Italia y cómo el legislador italiano justificó el tipo penal bajo la protección de la lealtad, integridad y corrección deportiva, es decir dándole rango de bien jurídico a la integridad del deporte¹³²³.

Lo cierto es que desde el punto de vista de la justificación de uso del Derecho penal y concretamente de la necesidad de hacer frente a una afectación de bienes jurídicos y retomando lo analizado en el apartado del dinero y las apuestas como factor criminógeno en el deporte profesional, un amaño de partidos puede generar importantes afectaciones económicas, lo cual justificaría la intervención del Derecho penal tal y como lo consideró el legislador español.

Ahora bien, el tipo penal establece como acciones típicas: *predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, partido o competición profesional*¹³²⁴, asimismo *no exige la existencia de un perjuicio para terceros*¹³²⁵. Al igual que los delitos de corrupción pública, el tipo penal castiga tanto al que promete (sin necesidad de aceptación) o paga, como al que recibe. En ninguno de los escenarios resulta necesario que la competición deportiva

1319 Como puede ser por medio del Derecho de la Competencia.

1320 SAP Navarra 2ª 111/20, 23-4.

1321 BACIGALUPO, S/FEJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Artículo: BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. *El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal*. 2016. P. 747.

1322 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 53, 62-63.

1323 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. pp. 327-328.

1324 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. p. 13.

1325 Ibidem.

se llegue a celebrar para que el delito este plenamente consumado, es decir, el castigo se centra en el pacto sin que sea ni siquiera necesario que se haya entregado el dinero, lo cual permite en algunos escenarios, evitar el problema de entrar a analizar conductas deportivas concretas en competencias, sin embargo, esto conlleva una dificultad probatoria.

A partir de lo anterior, es posible definir subcategorías de amaños de partidos: por una parte, los casos en que se busca un fin meramente deportivo, es decir que el amaño del partido tiene como objeto que un equipo avance a la siguiente ronda, por ejemplo, mientras que otra categoría sería cuando los intereses que rodean el amaño son completamente extradeportivos, es decir, meramente patrimoniales; por ejemplo, mediante la apuesta de gran cantidad de dinero en un partido que se sabe está amañado¹³²⁶. Desde el punto de vista penal la antijuridicidad de ambos comportamientos ostenta la misma gravedad, por lo que no es más que una diferenciación doctrinal encaminada a explicar de forma más clara los posibles escenarios o tipologías que pueden darse en la corrupción deportiva y una explicación criminológica. En ese sentido, las competencias amateurs, de ligas universitarias o incluso partidos amistosos no se encuentran protegidos por el tipo penal. Adicionalmente el castigo penal solo puede producirse por permitir empatar o perder la competición, siendo atípicas las primas que se puedan pagar como reconocimiento por ganar una competición.

El sujeto pasivo del delito es el conjunto de empresas competidoras que se vean afectadas por la obtención desleal de una posición ventajosa en las relaciones económicas, pero también se puede incluir al mercado en general, es decir a todos los usuarios o clientes de los bienes y servicios que ven encarecidos o sufren una disminución en la calidad de los servicios o bienes contratados. Mientras que el beneficio o ventaja del sujeto sobornado puede ser de cualquier naturaleza o clase, desde concesiones honoríficas, premios, contratos, adjudicaciones de proyectos, mejora de situación laboral, jurídica o deportiva, premios, bonos, e incluso beneficios para terceros, como colocación laboral o estudiantil para ellos, para sus hijos o para su cónyuge¹³²⁷. Por un lado,

1326 MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho penal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. pp. 1072-1073.

1327 Ibidem. pp. 1083-1084.

respecto al elemento subjetivo, es un delito doloso, sin que sea posible el dolo eventual, en donde se exige que la *acción tenga el ánimo de predeterminar o alterar el resultado de la competición*¹³²⁸.

Cumpliendo con el principio de antijuridicidad, la acción debe ser capaz de afectar al bien jurídico, lo que lleva a cuestionarse, si en casos en que el soborno sea pagado a un jugador que se sabe va a estar en la banca en el partido y posiblemente no vaya a jugar, si la conducta conllevará antijuridicidad material o no. Por otro lado, a las penas, debe mencionarse que en otras legislaciones se puede aplicar penas accesorias de *prohibición de ejercer funciones en el ámbito deportivo*¹³²⁹, pero en el caso español esas penas accesorias no se encuentran establecidas en el ordenamiento español. Por lo que el jugador o dirigente que sea condenado podrán seguir en sus funciones pese a tener una condena penal, cayendo en posibles escenarios en que el Derecho penal nuevamente ostenta un carácter meramente simbólico, tal como lo critica CORTÉS BECHIARELLI¹³³⁰. Una crítica que también realiza el autor citado es lo complicado que puede ser apreciar objetivamente el elemento del injusto penal, ya que es sumamente difícil lograr determinar cuándo un jugador determinado en un deporte como el fútbol tendrá posición de decisión respecto al resultado del encuentro y además de donde está el límite de cuando es un fallo deportivo real y cuando es un fallo a propósito para influenciar el marcador, por ejemplo, *cuando se falla un penal o un remate al marco*¹³³¹. Al igual que el blanqueo de capitales, es importante entender las cómo se logra amañar partidos a nivel práctico, lo anterior, resulta muy importante desde la perspectiva de la elaboración de un programa de *compliance* y el desarrollo de herramienta para prevenir el amaño; especialmente tomando en consideración que el amaño de partidos no es un tema habitual para los profesionales que realizan programas de *compliance*.

Resulta relevante analizar los principales casos de amaño de partidos, los cuales sucedieron en Italia en los años ochenta del siglo pasado generaron una importante discusión sobre la necesidad de castigar mediante el *ius puniendi* esas conductas. Por lo que Italia decidió regular mediante la ley No. 401, de 13 de diciembre de 1989, los tipos penales de corrupción deportiva y el fraude deportivo. Los cuales sirvieron para sancionar el gran caso de *calciapulis*, en donde deportivamente

1328 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 43, 64, 71 y 162.

1329 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 18.

1330 CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. p. 58.

1331 Ibidem. pp. 25-26.

algunos clubes recibieron importantes sanciones, como la Juventus que fue descendida a la serie B, mientras que la Fiorentina y la Lazio fueron suspendidas de participar en la *Champions League*¹³³². Ahora bien, el caso italiano debido a su relación tan obvia con el crimen organizado requirió una intervención penal más pronta.

3.2.2 Casos

En virtud de lo analizado en los epígrafes anteriores, resulta evidente que el amañeo de competiciones deportivas es una realidad del deporte moderno, por más que el problema se ha intentado esconder o disminuir respecto a su escala, lo cierto es que se han dado importantes y escandalosos casos como los siguientes: en el año 1995 el equipo Dinamo Kiev de Ucrania fue suspendido de la Champions League, porque dos de sus directivos trataron de sobornar a un árbitro español, además la UEFA suspendió de forma permanente a esos directivos. Los encargados de la UEFA de imponer medidas disciplinarias tuvieron que recibir protección policial a raíz de esta suspensión, porque la mafia ucraniana les amenazó; meses después el equipo fue nuevamente aceptado en la competición para el año siguiente es decir se levantó la suspensión¹³³³. Este caso dejó en evidencia un factor sumamente peligro que puede llevar a la impunidad, el poder del crimen organizado y su relación directa con el amañeo de partidos, que no solo son capaces de lograr que directivos de un club sobornen a un árbitro si no que, al ser este caso descubierto y sancionado, son capaces de levantar la sanción mediante amenazas.

Otro importante caso en el ámbito del fútbol se dio con la selección nacional de El Salvador, ese caso se dio en un momento en el que los jugadores tenían un serio conflicto con los directivos de la federación nacional de fútbol, lo que facilitó que los jugadores aceptasen pagos para dejarse ganar por la selección nacional de Belice, algo que no se esperaba y que claramente le generó grandes beneficios a los apostadores que conocían el resultado. Por estos hechos 14 jugadores

¹³³² CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012. pp. 40-41; BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 119; RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 15. Este último autor recuerda que desde la década de los 80 el fútbol italiano ha estado vinculado con los amaños de partidos.

¹³³³ Ibidem pp. XVI-XVII.

fueron sancionados de por vida por la federación lo que llevo a un difícil escenario al fútbol de dicho país al no contar con jugadores para representar a ese estado centroamericano¹³³⁴.

El 2 de octubre de 2004 en un partido de la Liga China, el equipo Beijing Hyundai abandonó el terreno de juego en medio partido, posterior a esto su entrenador dijo a los medios de comunicación que el club no iba a jugar más partidos en virtud de que la liga estaba llena de casos de amaño de partidos; eso sucedió solamente dos años después de la Copa del Mundo de 2002 en donde la selección de China participó pero no anotó ni un solo gol y quedó eliminada; posterior a esa eliminación los medios de comunicación anunciaron que los jugadores habían recibido sobornos para dejarse ganar en el mundial¹³³⁵. En general Asia tiene un importante historial de casos de amaño de partidos¹³³⁶.

Pese a la gravedad del problema, la realidad es que muy pocos son los casos investigados por las autoridades, por ejemplo, un caso que llegó hasta los tribunales fue el Bordeaux FC y el Marseille FC, ambos clubes fueron acusados por pago de sobornos para amañar partidos, pagos tanto a árbitros como a equipos rivales, los directivos fueron declarados culpables y se les impuso una pena de multa, pero ni la Federación Francesa de Fútbol, ni la UEFA, ni la FIFA realizaron investigación alguna para sancionar a los equipos¹³³⁷.

Estos son solo algunos de los casos de amaños de partidos, la gran mayoría no tuvieron ni siquiera una investigación oficial, y son pocos los que han llegado a sanciones penales, ahora bien, vale la pena analizar los motivos por los cuáles la investigación de esos casos es tan compleja; por ejemplo, a nivel disciplinario las federaciones deportivas no cuentan con mecanismos de investigación que

1334 Diario 20 minutos: “El Salvador suspende de por vida a 14 jugadores de su selección de fútbol por amañar e partidos”. 20 de septiembre de 2013. Se puede consultar en: <https://www.20minutos.es/deportes/noticia/salvador-seleccion-futbol-amano-partidos-apuestas-suspendidos-vida-1925469/0/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1335 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. pp. 13-14

1336 Pero el caso de China no es el único en Asia, en 1989 se puso en marcha una nueva liga establecida por Singapur y Malasia juntos, como un proyecto para impulsar su selección nacional a medio plazo, la liga recibió una gran inversión por parte del gobierno, se construyeron nuevos estadios y los clubes ficharon jugadores europeos, pero en cuestión de cinco años la liga se volvió totalmente corrupta y las autoridades estimaron que más del 80% de los partidos habían sido amañados, e incluso varios de los directivos de la liga aceptaron que ellos participaron en los amaños. En 2005, el equipo *Allianssi* de Finlandia fue comprado por un empresario asiático, el cual contrató a varios jugadores de la liga belga y obligó al entrenador a que los pusiera a jugar contra el principal rival en la liga, lo cual debería de ser un juego bastante cerrado en el marcador, pero el marcador final fue de 8 a 0 a favor del equipo contrario, las apuestas a ese marcador se pagaban 8787 a 1. Más recientemente el presidente de la Liga Colombiana de Fútbol denunció intentos de amaños en la primera y segunda división de ese país por parte de casas de apuestas ilegales en Asia e Inglaterra.

HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. pp. 18-19, 46, 95-96

1337 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 158.

les permitan probar la existencia de un acuerdo de amaño¹³³⁸, ni con los mecanismos de protección frente al crimen organizado. A nivel penal investigar y probar este tipo de delito es una tarea muy difícil para el juez de instrucción, fiscales y para la misma policía por las razones que se expondrán a continuación:

En primer lugar, la dificultad de determinar si un jugador está jugando mal en virtud de un amaño. Los deportes son ámbitos en donde analizar el desempeño de un deportista es una tarea bastante compleja y por lo general será muy subjetiva, en donde no se puede apreciar con claridad si un jugador está teniendo un mal día o ha aceptado amañar el partido y por eso está jugando mal¹³³⁹. En segundo lugar, muchas veces el encargado de amañar el partido estará a miles de kilómetros y además estará protegido o formará parte del crimen organizado, en tercer lugar, suele ser un delito bastante internacional con participación de personas en distintos países, con transferencias bancarias en distintos Estados lo cual conllevará asistencia judicial internacional, lo que representa un reto para las autoridades.

La forma más adecuada y también sencilla de detectar posibles amaños es mediante el análisis de las apuestas, por lo que actualmente la UEFA y la FIFA tiene acuerdos con algunas casas de apuestas de Europa para indicar cuando existen patrones en las apuestas que puedan sugerir un amaño de partidos, el sistema se llama *Early Warning System*, el cual es una buena herramienta para detectar estos casos. Sin embargo, el problema es que muchas de las apuestas en partidos amañados se realizan en los mercados ilegales de apuestas en Asia, de los cuales la FIFA y la UEFA no tienen información¹³⁴⁰.

La criminalidad organizada y transfronteriza siempre representan un reto para la investigación penal, la dificultad también aumenta cuando se está en presencia de un tipo de criminalidad poco frecuente y muy específica para un sector poco tradicional para el Derecho penal. Sin lugar a duda, ante esas dificultades investigativas, las entidades deportivas, sean federaciones y clubes tienen un reto muy

1338 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Dr. Arias Grillo son a título personal y no representan la posición oficial de la FIFA. Cabe destacar que ciertas ligas como la Premier británica tienen acuerdos de colaboración con casas de apuestas y con los entes que regulan las casas de apuestas, lo que les permite conocer si un jugador de fútbol profesional está realizando una apuesta.

1339 HILL, Declán. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 37.

1340 Ibidem. pp. 176-177; y MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 51.

importante de prevención, se logra con mejores condiciones laborales para el sector y sobre todo con mucha capacitación. Siendo que respecto a ese último punto la FIFA inició para el Mundial de 2018 una campaña de formación sobre la prevención del amaño de partidos con representantes de los 32 países que participaron en ese torneo¹³⁴¹, algo que se replicó en la copa de 2022 y se está replicando en otros grandes torneos y en ligas profesionales nacionales.

4. Análisis de otros tipos penales en el ámbito deportivo

Existen otras conductas típicas que pueden ser cometidas en cualquier ámbito económico y que suelen ser cometidas en el ámbito deportivo profesional, sin embargo, su comisión en uno u otro ámbito económico no tiene una variación tan marcada que justifique un análisis más extenso como si lo requieren los delitos analizados anteriormente.

4.1.1 Análisis de delitos de naturaleza económica

4.1.2 Delitos de corrupción pública

Entre los tipos penales existentes, que regulan la función pública y castigan aquellas conductas contrarias a la probidad y la transparencia en la función pública. Esos tipos penales castigan tanto a los funcionarios públicos que aceptan o exigen un beneficio patrimonial, como también a los particulares que prometen, pagan u ofrecen un soborno, pero también castigan situaciones de tráfico de influencias o conflictos de intereses¹³⁴². Caracterizándose por el abuso de una posición de poder ejercida por el funcionario público, con el objetivo de conseguir algún tipo de beneficio para sí o para personas allegadas a ellos¹³⁴³. El beneficio no se limita únicamente a un beneficio patrimonial, ya que puede incluir dependiendo del tipo penal, favores o retribuciones de cualquier clase.

1341 Blog Inside World Football: “Tackling Matchfixing: FIFA act to protect 2018 World Cup against fixers”. 9 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <http://www.insideworldfootball.com/2018/03/09/tackling-matchfixing-fifa-act-protect-2018-world-cup-fixers/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1342 Algunos de los tipos penales que abarca la corrupción pública son: cohecho, malversación de caudales públicas, fraudes y exacciones ilegales, negociaciones prohibidas a los funcionarios, tráfico de influencias, cohecho de funcionario extranjero, entre otros

1343 MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. 2013. p. 928.

No se puede olvidar que tanto la responsabilidad penal de las personas jurídicas como los modelos de *compliance* nacen con el objetivo de ser herramientas en la lucha contra la corrupción pública, recordando que la corrupción es un problema que genera graves consecuencias sociales, políticas y económicas. Y que las empresas y en este caso los clubes deportivos tienen una responsabilidad en prevenir su comisión¹³⁴⁴. En el ámbito deportivo es bastante habitual observar a políticos o funcionarios públicos en los grandes eventos deportivos¹³⁴⁵; ese tipo de atenciones a autoridades o funcionarios públicos conllevan un riesgo penal inherente¹³⁴⁶. Lo anterior no está limitado a España, es una situación que se repite en todo el mundo debido a la estrecha relación público-privada que engloba al ámbito deportivo¹³⁴⁷.

Otro importante foco de riesgo para las entidades deportivas radica en la entrega de regalos a funcionarios públicos, ya que podría llegar a constituir algún delito de corrupción pública (*cohecho, enriquecimiento ilícito, entre otros*)¹³⁴⁸; y es que regalar una entrada para una competición deportiva podría constituir al menos un hecho cuestionado desde el punto de vista ético y de probidad en la función pública, especialmente si se toma en consideración que para ciertos eventos deportivos, las entradas pueden llegar a costar cientos (o miles) de euros.

1344 Según la Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito, la corrupción menoscaba la capacidad de los Estados de otorgar recursos y servicios básicos a sus ciudadanos, merma las inversiones y promueve el crimen organizado. Sobre esto: Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito “Datos sobre la corrupción”. Se puede consultar en https://www.unodc.org/pdf/9dec04/general_s.pdf. (Consultado por última vez 5 de noviembre de 2019).

1345 Por ejemplo, es común observar al presidente de la Generalitat de Catalunya o a los alcaldes de Barcelona en el palco del Camp Nou. También es común observar a miembros del gobierno de España, de la Comunidad de Madrid y de la Familia Real en el Santiago Bernabeu.

1346 Lo cual es preocupante especialmente tomando en consideración que los dos clubes se encuentran en etapa de solicitud de permisos de construcción para la remodelación de sus estadios, y dicha solicitud involucra directamente a muchos de los funcionarios públicos que asisten regularmente a los palcos.

1347 Sobre esta relación público-privada tan estrecha cabe destacar el caso de Brasil, ya que las autoridades brasileñas formularon acusación en contra del ex presidente y el ex director de operaciones y de marketing del Comité Olímpico Brasileño por corrupción pública por supuestamente pagar sobornos a cambio de votos; la imputación del delito de corrupción pública se debe a que la fiscalía brasileña considera que las funciones que desempeñaban estas personas son equiparables a las que desempeñan los funcionarios públicos, lo anterior fundamentado en dos motivos centrales: en primer lugar porque la entidad recibe importantes subvenciones por parte del Estado brasileño (bajo la creencia de en donde existe dinero público existe un deber de probidad) y en segundo lugar porque realizan una actividad propia de la administración pública, como lo es fomentar y organizar actividades deportivas olímpicas en nombre de Brasil. Sobre esto: Diario Gazeta Esportiva: “MPF-RJ denuncia Nuzman por corrupção e outras três infrações”. 18 de octubre de 2017. Se puede consultar en: <https://www.gazetaesportiva.com/mais-esportes/mpf-rj-denuncia-nuzman-por-corrupcao-e-outras-tres-infracoes/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1348 NIETO MARTÍN, Adán. “Lección X: La prevención de la corrupción”, en BLANCO B/GARCÍA, J/LASCURAÍN, A/NIETO, P/PÉREZ, I. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 317.

Por otra parte, esas estrechas relaciones con funcionarios públicos también ostentan otros riesgos que no puede pasar desapercibido, ya que debe recordarse que los directivos de los clubes deportivos profesionales suelen ser grandes empresarios, quienes podrían beneficiar a sus empresas mediante la obtención de contratos públicos influenciados por sus buenas relaciones con funcionarios públicos¹³⁴⁹, lo que conlleva un riesgo por tráfico de influencias, incluso cohecho o incluso beneficiarse de subvenciones o tratamientos especiales por parte del Estado¹³⁵⁰.

Desde la perspectiva del *compliance*, existe una buena práctica internacional que indica que los regalos de empresas deben limitarse a menos de \$100, incluso para miembros del Congreso de Estados Unidos de América está limitado a menos de \$50¹³⁵¹. Sin embargo, los congresistas norteamericanos establecieron que los boletos para asistir a cualquier evento deportivo profesional tienen un valor de \$49.99, por lo tanto se encuentra por debajo del límite de \$50 y pueden aceptarlos. Aun cuando la mayoría de entradas para cualquier evento deportivo de las principales ligas americanas suele tener un precio mucho mayor¹³⁵².

Sin embargo, no es viable cortar toda relación entre los clubes y la administración pública; el Estado tiene una importante participación en el ámbito deportivo, incluso la Casa Real Española tiene un compromiso con las Copas de Rey que se disputan todos los años. Pero lo que sí se puede es armonizar esta relación y establecer límites concretos respecto a regalos y atenciones, además de justificación de las invitaciones de estas personalidades a los eventos deportivos. Lo anterior es tema que debe abordarse desde el punto de vista del *compliance*.

Por lo tanto, debido a la estrecha relación entre el deporte profesional y los agentes públicos estatales que genera un importante riesgo inherente, sumado a que el objetivo con el que nace el *compliance* en un inicio no era otro que prevenir la corrupción pública (que continua siendo un eje central de los programas de *compliance*) lleva a que a la hora de elaborar un programa de

1349 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 37.

1350 Por ejemplo, una importante empresa de acero del magnate Roman Abramovich dueño del Chelsea FC recibió un cuestionado préstamo de cuarenta y cinco millones de libras esterlinas por parte del gobierno inglés. Diario NewStatesman: "Why is the government giving £45m to Roman Abramovich while letting British steelworks go to the wall?" 1 de octubre de 2015, Inglaterra. Se puede consultar en: <https://www.newstatesman.com/politics/economy/2015/10/why-government-giving-45m-roman-abramovich-while-letting-british-steelworks>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1351 STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009. p. 41.

1352 Ibidem.

cumplimiento penal en entidades deportivas profesionales resulte necesario poner especial atención a prevenir la corrupción de agentes públicos por parte de entidades deportivas profesionales, mediante una regulación de la relación público-privada. Utilizando para esto la transparencia como eje elemental en dicha relación.

4.1.3 Análisis del delito societario

Los clubes deportivos deben utilizar algún tipo de figura para poder “existir” en el mundo jurídico; en cada país variará la exigencia legal, mientras que algunos serán sociedades mercantiles “normales” (sociedad anónima, sociedad de responsabilidad limitada, entre otras), en otros Estados podrán tener figuras específicamente creadas para el ámbito deportivo, como los son la Asociaciones Deportivas en España. Sin embargo y sin importar la jurisdicción, las entidades deportivas profesionales, serán personas jurídicas y deberán ser gestionadas como una empresa para efectos prácticos. El problema radica en que tal y como se mencionó anteriormente, los clubes deportivos no cuentan con las estructuras organizativas adecuadas o no siguen los mismos procesos ni controles internos que seguiría cualquier empresa. Lo anterior tiene como consecuencia que los clubes deportivos sean un terreno fértil para que se lleguen a cometer delitos societarios¹³⁵³.

Para comprender mejor lo problemática resulta necesario analizar las estadísticas: en España de los 40 equipos de la LFP y la Segunda Liga de España 30 han estado en concurso de acreedores¹³⁵⁴; en Italia durante la temporada 2002/2003 varios clubes estuvieron al borde de la quiebra, lo que llevó al gobierno a realizar un decreto llamado *Salva Calcio* con el objetivo de inyectar dinero público para rescatar a los clubes¹³⁵⁵. Estos dos ejemplos pueden dar una pista de lo mal que se manejan los clubes deportivos administrativamente hablando y lo proclives que pueden ser para que se comenten delitos societarios y especialmente delitos que lleven a una seria crisis económica o la quiebra. Debido a este grave problema en la gestión de clubes deportivos, es que entidades

1353 VALLS PRIETO, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (11-14). 2009. p. 22.

1354 Diario La Voz de Galicia: “Veintisiete equipos españoles se han acogido a la Ley Concursal”. 8 de noviembre de 2012, se puede consultar en <https://www.lavozdegalicia.es/noticia/deportes/2012/11/07/ventisiete-equipos-espanoles-acogido-ley-concursal/00031352305549450432796.htm>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1355 Este decreto fue utilizado por 17 de los 20 equipos de la Serie A italiana, únicamente la Juventus, AC Milan y la Sampdoria, no tenían problemas económicos en este momento. Sobre esto: BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 111.

como la UEFA ha adoptado requerimientos, como el llamado *Fair Play Financiero*, que en teoría si son cumplidas a cabalidad, los clubes no deberían de enfrentar problemas financieros y mucho menos delitos.

Respecto a la estructura o modelo organizativo debe recordarse que la mayoría de los clubes deportivos especialmente los de fútbol son dirigidas por figuras centrales con amplios poderes de decisión y ejecución. Esto puede llevar a que se tomen malas decisiones desde el punto de vista financiero que pueda llevar a la entidad deportiva a problemas de liquidez o exceso de deudas. Debido a los controles financieros exigidos por la UEFA, clubes altamente endeudados podrían llegar a falsear sus cuentas para engañar a esa entidad y poder disputar competiciones europeas o incluso a lo interno de España. Adicionalmente debe contemplarse los acuerdos abusivos entre socios especialmente en casos de socios mayoritarios quienes pueden tomar decisiones desmedidas que atenten contra los socios minoritarios o contra la misma entidad deportiva.

Es importante destacar que los delitos societarios no pueden considerarse un problema exclusivo de los llamados “clubes pequeños” (económicamente hablando) ya que, por ejemplo: en el año 2008 el Real Madrid, uno de los clubes de fútbol más grandes del mundo, tuvo su propio escándalo por supuestas irregularidades en su contabilidad, fraude de votos en la asamblea de socios y falsificación y destrucción de documentos¹³⁵⁶. Por su parte, el Real Betis tuvo su propia situación al ser imputado el accionista mayoritario del club, por un supuesto delito societario, acusado de ocasionar un perjuicio patrimonial al club de más de 30 millones de euros en un periodo de veinte años¹³⁵⁷. Estos son solo dos de los ejemplos de estos delitos, sin embargo, características de este ámbito especialmente el alto nivel de gastos de los clubes, la poca certeza económica a futuro, así como la burbuja de mercado de fichajes, son tres de las principales razones por las que este delito conlleva un riesgo inherente alto para las entidades deportivas, especialmente en el fútbol.

Todo lo anterior debe ser abordado por el *compliance*, especialmente desde el punto de vista de la adopción de un adecuado modelo organizativo a lo interno de la entidad deportiva profesional, controles destinados a evitar acuerdos abusivos por parte de socios y sobre todo controles

1356 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. pp. 228-229.

1357 Se puede consultar en la página web del Real Betis: <http://www.realbetisbalompie.es/es/club/el-club/la-historia/>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

financieros encaminados a lograr una transparencia en las finanzas de la entidad, lo cual se fortalecerá por medio de una adecuada auditoría tanto interna como externa.

4.1.4 Análisis de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial y revelación de secretos

Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial son considerados como una de las más importantes innovaciones del Derecho penal económico. La expansión de la persecución penal de estos delitos se vio influenciado especialmente debido a la piratería de productos provenientes de Asia, hecho que *llevó a distintos instrumentos tanto comunitarios como internacionales a regular esta materia*¹³⁵⁸; sin embargo, los delitos contra la propiedad intelectual son mucho más que solo la piratería de productos. Si bien, los casos de piratería de productos en el ámbito deportivo son cuantiosos y suponen pérdidas millonarias para los clubes deportivos y patrocinadores (especialmente por la piratería de camisetas de los equipos), lo cierto es que desde el punto de vista del *compliance*, esos casos responden más bien a cómo debe hacerle frente el club a la piratería desde el punto de vista de la víctima del delito.

Lo importante para el presente trabajo, radica en analizar la posible infracción por parte de un club de la legislación en materia de propiedad intelectual, situación que resulta un poco más compleja, ya que el riesgo derivado de atentar contra marcas de patrocinadores u otros suele ser delegado a las empresas encargadas de producir todo el *merchandising* de los clubes. Sin embargo, esta delegación no hace desaparecer el riesgo, ya que, por ejemplo, Adidas presentó un proceso judicial contra Nike y al propio FC Barcelona ante la Oficina de Marcas y Patentes de Estados Unidos de América (*U.S Patent and Trademark Office*) al considerar que el diseño de la camiseta que utilizó dicho club, en la temporada 2016/2017, había sido una copia de un modelo característico de Adidas¹³⁵⁹, lo que deja en evidencia que el riesgo es real.

1358 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. pp. 495-496.

1359 Blog The Fashion Law: “Adidas initiates trademark battle with Nike-Partnered FC Barcelona”. 10 de marzo de 2017. Se puede consultar en: <http://www.thefashionlaw.com/home/adidas-initiates-trademark-battle-with-nike-partnered-fc-barcelona>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

Otro importante foco de atención en esta materia son los delitos contra la propiedad industrial y específicamente el espionaje industrial deportivo¹³⁶⁰, y es que en el deporte también existen secretos industriales que buscan proteger información, con el objetivo de que la competencia no los conozca, obteniendo por esto un beneficio en el ámbito deportivo e incluso en el mercado global lo cual tiene como efecto beneficios económicos. Para determinar que se está ante una violación de un llamado secreto industrial¹³⁶¹, debe darse una vulneración de: datos técnicos, procedimientos de fabricación, planos para la construcción, modelos patentados, modelos industriales, entre otros¹³⁶² (arts. 278-280 CPE).

El ejemplo deportivo más claro donde puede ubicarse delitos contra la propiedad industrial y revelación de secretos industriales es en el automovilismo y especialmente en la F1, en donde ya se han dado casos de “robos” y copias de modelos de utilidad o dibujos industriales entre equipos de competición¹³⁶³. Y es que las escuderías de la F1 invierten importantes sumas de dinero en investigar nuevos avances tecnológicos (el presupuesto de algunos equipos de la F1 asciende a los cientos de millones de dólares anuales), que serán utilizados no solo para mejorar el desempeño de sus vehículos de competencia sino también para eventualmente ponerla en práctica en los vehículos que venden al público¹³⁶⁴. Para que el delito exista, resulta necesario un uso del modelo con una falta de autorización por parte del titular y la utilización que realiza el sujeto activo del delito debe ser con fines industriales, comerciales o competitivos. Sin embargo, la mayoría de los delitos contra la propiedad industrial suele darse en un concurso de delitos, junto al delito de revelación de secreto industrial y de empresa.

1360 El bien jurídico en el delito contra la propiedad industrial es la protección del derecho de explotación exclusiva de los objetos amparados por un título de propiedad industrial representado por medio de titularidad registral. Más recientemente se han presentado casos de espionaje de base de datos entre clubes de fútbol para conocer posibles futuros fichajes de los rivales. sobre esto: Diario 20 Minutos: “Escándalo de espionaje en la Premier: el Liverpool pirateó la base de datos del Manchester City”. 21 de septiembre de 2019. Se puede consultar en: <https://www.20minutos.es/deportes/noticia/liverpool-espionaje-manchester-city-piratero-sistema-scouting-3772093/0/>. (consultada por última vez 4/01/2020).

1361 Existen tres requisitos para considerar que existe un secreto industrial: 1. *Existir un interés económico*, 2. *Voluntad de conservación del secreto* y 3. *El secreto debe estar reconocido únicamente por un grupo reducido de personas*.

1362 VALLS PRIETO, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (11-14). 2009. p. 22.

1363 Otros deportes que pueden ser susceptibles de que se den delitos contra la propiedad industrial son el ciclismo (copia de bicicletas) y barco a vela, que al igual que el automovilismo conllevan importantes análisis del comportamiento aerodinámico de los aparatos que se fabrican, asimismo esta tecnología en todos los casos suele ser empleada en modelo de producción en serie para el mercado común.

1364 VALLS PRIETO, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. (11-14). 2009. p. 22.

Sin embargo, existe un problema, ya que en muchos casos los equipos de F1 no inscriben dichos modelos como una medida para intentar mantenerlos en total secreto, en estos casos se estará ante un delito de descubrimiento y revelación de secreto industrial sin que exista el delito contra la propiedad industrial¹³⁶⁵. Lo anterior conlleva que los equipos de desarrollo deban decidir si protegen o no sus invenciones.

Un claro ejemplo sucedió en la F1 con el famoso caso llamado espionaje en la F1 (*FI Gate*), por parte de McLaren a Ferrari en el año 2007, donde el piloto español Fernando Alonso ayudó a la FIA en la investigación realizada que terminó con la suspensión de la escudería para el campeonato de constructores y una multa de cien millones de dólares, mientras que en la vía penal el fiscal de Módena abrió una causa contra el jefe de la escudería y dos ingenieros que terminó con un acuerdo en donde los tres miembros del equipo McLaren debieron pagar multas de más de 150 mil euros, mientras que otro ingeniero aceptó una pena de un año y ocho meses de prisión, todos por el delito de espionaje (descubrimiento y revelación de secreto). Sin embargo, la escudería como persona jurídica no fue sancionada administrativamente ya que no se logró determinar el delito contra la propiedad industrial al no estar inscrito el modelo¹³⁶⁶, pero el caso deja en evidencia que el riesgo existe.

Por otra parte, también conviene mencionar la necesidad de que las entidades deportivas cumplan con la normativa de protección de datos personales, respete el honor y la privacidad de sus empleados y deportistas; de lo contrario podrían incurrir en faltas administrativas contra la normativa de protección de datos o en delitos contra el honor o intimidad¹³⁶⁷. Siendo necesario implementar políticas desde la perspectiva de la protección de datos personales y derecho de la intimidad.

1365 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Delitos contra la Propiedad industrial e intelectual”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 398.

1366 Artículo de BBC Sports, “Ex – Ferrari engineer Stepney sentenced over Spy-gate” de 29 de septiembre de 2010. Se puede consultar en: http://news.bbc.co.uk/sport2/hi/motorsport/formula_one/9045983.stm. (Consultado por última vez el 21/10/2019). y Artículo del NY Times “McLaren fined \$100 million in Formula One spying scandal”. De 13 de septiembre de 2007. se puede consultar en: <http://www.nytimes.com/2007/09/13/sports/13iht-prix.5.7500107.html>. (Consultado por última vez el 21/10/2019). Recordando que la responsabilidad jurídica de las personas jurídicas por hecho delictivos en Italia es de carácter administrativa.

1367 Diario El Mundo: “El Granada espía a jugadores y árbitros con cámaras ocultas en detectores de humo”. 5 de diciembre de 2018. Madrid, España. Se puede consultar en: <https://amp.elmundo.es/deportes/futbol/2018/12/05/5c06fb8afdddf6a578b461c.html?fbclid=IwAR0x-ZYU2rHcDmGFA7NDfHihwIhDtAvsdT-csblNuBfcob5hBWBbnv6l704>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

Todo lo mencionado en el presente epígrafe permite identificar un escenario bastante singular, en donde las entidades deportivas deben aplicar un doble criterio de *compliance* en primer lugar la aplicación de medidas necesarias para que sus agentes no cometan ninguno de estos delitos, pero también deben implementarse medidas encaminadas a proteger la propiedad intelectual e industrial y los secretos de la entidad frente a posibles delitos cometidos por terceros.

4.1.5 Análisis del delito fiscal

La tipología del delito fiscal en el ámbito deportivo no se diferencia mucho del delito fiscal en cualquier otro ámbito económico. Sin embargo, no por eso se puede dejar por fuera un tema tan importante y que ha generado tanta polémica especialmente en los últimos años en el ámbito del fútbol profesional. Recordando que el propio FC Barcelona como persona jurídica ya fue condenado mediante sentencia por conformidad por delito fiscal. El Rayo Vallecano de Madrid es otro club de fútbol que también ha sido condenado por varios delitos fiscales, en donde se le aplicó la pena de multa por varios millones de euros y se le prohibió recibir subvenciones fiscales del Estado durante cuatro años¹³⁶⁸.

Por otra parte, muchos jugadores de fútbol en España y algunos otros deportistas han tenido importantes problemas legales con la Hacienda Pública¹³⁶⁹; como se mencionó en el epígrafe sobre dinero en el deporte profesional, algunos deportistas elite ganan sumas muy altas de dinero¹³⁷⁰, pero esto conlleva un pago de impuestos de igual forma muy alto, especialmente en España en

1368 SAP Madrid 545/2018, de 16 de julio de 2018, Ponente Elena Martin Sanz; confirmada mediante STS 3201/2020, de 08 de octubre de 2020, Ponente Eduardo De Porres Ortiz De Urbina.

1369 Han sido investigados por Hacienda: Leonel Messi (condenado en juicio), Adriano, Samuel Eto'o, Adriano Correia, Iniesta, Piqué, Xabi Hernández, Dani Alves y David Villa, todos jugadores del F.C Barcelona, mientras que del Real Madrid han sido investigados Iker Casillas, Ozil, Pepe, Coentrao, Di María, Carvalho, además Cristiano Ronaldo. Cabe destacar el caso de Xabi Alonso que fue absuelto en juicio al no apreciar el tribunal una simulación en los derechos de imagen del jugador, como lo venía imputando la fiscalía; operaciones que para algunos sectores consideran que han sido "satanizadas" por la fiscalía. Sobre esto: Diario ABC: "La justicia absuelve a Xabi Alonso del delito fiscal que le atribuía la fiscalía". 27 de noviembre de 2019. Se puede consultar en: https://www.abc.es/deportes/futbol/abci-xabi-alonso-absuelto-fraude-fiscal-201911261238_noticia.html. (Consultado por última vez: 9/12/19).

1370 Infobae: "Lionel Messi llegó a los USD 1.000 millones y es el futbolista mejor pago del mundo, según la revista Forbes". 14 de septiembre de 2020. Se puede consultar en: <https://www.infobae.com/america/deportes/2020/09/15/lionel-messi-llego-a-los-usd-1000-millones-y-es-el-futbolista-mejor-pago-del-mundo-segun-la-Rev.-forbes/>. (Consultado por última vez 11/03/21).

donde la tasa impositiva es bastante elevada¹³⁷¹, y el umbral de punibilidad en España es relativamente bajo¹³⁷², lo anterior deriva en un riesgo alto de posible delito fiscal.

Debe tomarse en consideración que los deportistas profesionales residentes en España tributan en el Impuesto de la Renta de Personas Físicas español (IRPF) por todas sus rentas mundiales, es decir sin importar donde fueron generadas, por lo que en caso de deportistas de otros países que viven en España sí obtienen beneficios económicos por jugar con la selección de su país por ejemplo (premios por copa del mundo) tributarán en España¹³⁷³. Pero existen excepciones dependiendo del país en donde se origine la renta los criterios fiscales pueden obligar a cancelar impuestos por haber sido generados en ese Estado, lo cual podrá ser deducible del IRPF español¹³⁷⁴. En estos casos igualmente los clubes se pueden ser imputados en vía penal por eludir impuestos mediante la simulación de que se está cancelando derechos de imagen cuando realmente se está pagando retribución salarial o al indicar falsamente un precio en la transferencia de un jugador, lo que podría generar responsabilidad penal de las personas jurídicas para los clubes o incluso a las federaciones deportivas.

Por otra parte, algunos clubes de la *premier league* están inscritos en otros territorios, por ejemplo, Birmingham está inscrito en las Islas Caimán, la persona jurídica dueña del Bolton Wanderers esta domiciliada en la Isla de Man, mientras que el Manchester United está inscrito en el estado de Nevada en EE. UU., los propietarios del Arsenal son empresas domiciliadas en el estado de Delaware en Estados Unidos de América, en la Isla de Jersey y en Suiza¹³⁷⁵. Varios de estos lugares son o han sido considerados como paraísos fiscales. Lo que demuestra el objetivo de lograr una menor carga impositiva mediante un modelo aceptado por la legislación inglesa y tolerado por la Federación Inglesa de fútbol.

1371 Por ejemplo, Leonel Messi pagó en impuestos más de 370 millones de euros a la Hacienda Española entre 2017 y 2021. Sobre esto, Diario El Periódico: “Messi habrá pagado 370 millones impuestos desde que renovó en 2017”. 09 de febrero de 2021. Se puede consultar en: <https://www.elperiodico.com/es/economia/20210209/messi-habra-pagado-370-millones-11508062>. (Consultado por última vez 11/03/21).

1372 DÍAZ, C/GALLEGO, J.I. “Delitos tributarios y contra la Seguridad Social”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 456.

1373 SALAS, G/MACHANCOS, E “La fiscalidad de los deportistas profesionales”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 987.

1374 Ibidem. p. 988.

1375 BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 113.

Los deportistas y clubes deportivos que más dinero ganan están asesorados por expertos en fiscalidad internacional, lo que tiene como consecuencia que el delito fiscal no puede ser cometido de forma aislada por los propios deportistas¹³⁷⁶. El tipo penal de fraude fiscal conlleva una falta al deber legal de declaración y colaboración respecto a información tributaria, es decir defraudar a la Hacienda Pública, mediante una conducta de ocultación ya sea directa o indirecta del hecho imponible, dificultando o impidiendo su liquidación¹³⁷⁷.

Por otra parte, el elemento subjetivo, el dolo, requiere el conocimiento de la obligación tributaria y la comprensión del carácter abusivo de la conducta¹³⁷⁸. Al ser la materia tributaria excesivamente técnica se podría pensar que da pie para alegar un eventual error de tipo en caso de la defensa¹³⁷⁹, sin embargo, la sentencia en el caso de Leo Messi deja claro que esto no es del todo viable¹³⁸⁰, además, en dicha sentencia el Tribunal Supremo español recalcó la necesidad de investigar la posible responsabilidad penal de los asesores fiscales como partícipes del delito¹³⁸¹.

Desde el punto de vista de los clubes de fútbol, son varios los casos de directivos de clubes que se han vuelto envueltos en delitos tributarios, cometidos en beneficio del club que presiden, por ejemplo: el caso del Mérida, en donde fue condenado su presidente y el asesor fiscal del club por impago al impuesto de sociedades entre 1995 y 1998 y el no pago del IVA de 1996 a 1999¹³⁸², el Villareal cuando remodelaron su estadio al incluir facturas falsas en la contabilidad presentada a Hacienda para aumentar los supuestos gastos del club¹³⁸³. También se han dado casos en otros

1376 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 115

1377 DÍAZ, C/GALLEGO, J.I. “Delitos tributarios y contra la Seguridad Social”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 456.

1378 TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010. p. 275.

1379 DÍAZ, C/GALLEGO, J.I. “Delitos tributarios y contra la Seguridad Social”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 460.

1380 Asimismo, se está ante un delito especial propio, en donde el sujeto activo será el obligado tributario, aun así, los *extraneus* pueden responder como partícipes en el delito, es decir los asesores fiscales, algo que no sucede con la frecuencia que se debería. STS 374/2017 de 25 de mayo, ponente Luciano Varela Castro.

1381 En el caso de Cristiano Ronaldo por delito fiscal, se habían iniciado diligencias de investigación contra el asesor fiscal del astro portugués, sin embargo, el procedimiento terminó con un acuerdo y el pago de una multa, por lo que no fue posible identificar posible responsabilidad del asesor fiscal. Cabe mencionar que otros ordenamientos como el costarricense prevén en el tipo penal, la posibilidad de imputar a título de autor no solo al sujeto obligado sino aquellos que defrauden en beneficio de terceros, siendo por lo tanto viable la imputación de los asesores fiscales. Sobre esto: sentencia 733-2020 de 12 de junio, Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, ponente magistrado Jesús Ramírez.

1382 Los clubes deportivos deben declarar el impuesto de sociedades. Ley 27/2015 de 27 de noviembre: Disposición adicional séptima. Entidades deportivas. El régimen fiscal previsto en el Capítulo VII del Título VII de esta Ley resultará de aplicación en el supuesto de adscripción de un equipo profesional a una Sociedad Anónima Deportiva de nueva creación, siempre que se ajuste plenamente a las normas pRev. s en la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, y en los Reales Decretos 1084/1991, de 5 de julio, y 1251/1999, de 16 de julio, sobre Sociedades Anónimas Deportivas.

1383 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 231.

países: a inicios de los años noventa, el Bordeaux FC de Francia, que tenían dos cuentas, las cuentas oficiales y legítimas y las cuentas “b”, estas últimas destinadas a evadir impuestos frente a las autoridades francesas¹³⁸⁴; mientras que en la Premier League británica se han dado casos en donde parte del salario del jugador era pagado a su agente en un paraíso fiscal utilizando también cuentas del club ubicadas en otro paraíso fiscal¹³⁸⁵. También el Santos FC de Brasil fue condenado por fraude fiscal en 1999 por el traspaso de Alessandro Andrade al Porto¹³⁸⁶.

Otro riesgo para las entidades deportivas radica en la posibilidad de incurrir en un delito contra la Seguridad Social al reportar salarios más bajos a los deportistas de los que realmente ganan, pagando el resto del salario como concepto de premios, derechos de imagen u otros, evitando así tener que pagar un monto mayor ante la Seguridad Social¹³⁸⁷, algo bastante común en Latinoamérica y China en donde los clubes suelen pagar salarios mínimos a los jugadores para pagar la menor cantidad de impuestos de la Seguridad Social y el grueso del salario se paga mediante “derechos de imagen”, aunque no son realmente derechos de imagen, ya que es un pago conocido como desnaturalización de prestaciones.

Por otra parte, el fraude fiscal puede ser la “punta del iceberg” de otros delitos¹³⁸⁸, como blanqueo de capitales, estafas, amañan de partidos o corrupción. Es decir, el delito fiscal puede ser el primer

1384 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 153.

1385 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 42.

1386 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y Derecho penal. Ed. Reus. 2015. p. 108.

1387 Periódico La Nación “Saprissa y la Liga revelan el costo de sus equipos”. 3 de noviembre de 2016. Se puede consultar en http://www.nacion.com/deportes/futbol-costa-rica/Saprissa-Liga-revelan-costo-equipos_0_1595240480.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019). Se reportó por parte del periódico La Nación de Costa Rica que uno de los tres clubes más grandes del país (Club Sport Herediano) reportaba una cuota que demostraba que los jugadores recibían pagos equivalentes a 1/3 parte de los que reportaban los otros dos clubes más grandes (Saprissa y la Liga), el escándalo estalló porque Saprissa y la Liga indicaron que no podían competir en la contratación de jugadores con el equipo Herediano, ya que este último ofrecía salarios muy altos a los jugadores, pese a que los datos declarados a la Seguridad Social indicaban que Herediano era de los clubes con salarios más bajos del fútbol nacional. Posteriormente en el año 2018 se inició una investigación por blanqueo de capitales y narcotráfico contra el presidente y el máximo accionista del Club Sport Herediano.

1388 En los últimos años se han dado importantes delitos fiscales cometidos por deportistas, especialmente en España y por futbolistas. Respecto a los deportistas, los contratos por imagen, por publicidad, y los pagos por transferencia son fuentes de millones de euros por lo que pueden llegar a convertirse en terreno fértil para delitos fiscales, para muestra la lista de deportistas profesionales con problemas fiscales especialmente en España es bastante extensa: Luis Figo, Samuel Eto'o, Adriano Correia, el ya mencionado caso de Leonel Messi, Javier Mascherano, Iker Casillas, Cristiano Ronaldo, Alexis Sánchez, Xavi Alonso, Ángel Di María, Radamel Falcao, José Mourinho, Marcelo, Dani Pedrosa, Arancha Sánchez Vicario, Pepe, Sete Gibernau, entre otros muchos. La mayoría de estos casos se han destapado debido a un cambio de interpretación la Hacienda Pública española ya que anteriormente se podía incluir un 15% del salario como parte de los derechos de imagen, por lo que se debía tributar un porcentaje mucho menor que por el monto salarial, sin embargo la Hacienda Pública con el fin de recolectar más tributos cambio esta interpretación y muchos jugadores siguieron tributando de la forma anterior y al ser lo montos percibidos tan altos se dio el delito fiscal. Por otra parte, y adonde existen toda una serie de operaciones realizadas por los asesores fiscales es respecto a los derechos de imagen de los deportistas profesionales, que en la mayoría de casos suele ser la mayor fuente de ingresos de los deportistas profesionales; estas operaciones van desde las formas más burdas, consignando gastos falsos para bajar la cuota a pagar, hasta los más sofisticados y

paso para descubrir una gran trama delictiva. Lo anterior quedo evidenciado en el famoso caso FIFA Gate, el cual inició debido a que Chuck Blazer omitió presentar su declaración de impuestos durante diecisiete años seguidos, pese haber ganado millones de dólares durante esos años¹³⁸⁹; Blazer también omitió presentar la declaración de impuestos de la CONCACAF¹³⁹⁰. Las autoridades norteamericanas utilizaron ese delito para presionar a Blazer y que se convirtiera en el *whistleblower* del gran caso FIFA Gate.

Sin lugar a duda, el delito fiscal se ha convertido en un delito bastante común en el ámbito deportivo profesional; esto repercute en el *compliance* de las entidades deportivas, pero especialmente en las exigencias que las entidades les requieran también a sus deportistas, ya que, dentro de una verdadera cultura ética una empresa no debe cometer delitos, pero tampoco debe tolerar que sus empleados realicen delitos especialmente aquellos delitos derivados o asociados a su imagen. Deben establecerse controles financieros en los clubes que prohíban el pago de salarios en paraísos fiscales o a cuentas de sociedades a menos que lo anterior este debidamente justificado.

4.1.6 Análisis del blanqueo de capitales

El blanqueo de capitales ha sido considerado la base de un imperio delictivo¹³⁹¹, por tal motivo la delincuencia organizada ha optado desde hace ya bastante tiempo por blanquear los beneficios patrimoniales producto de sus delitos¹³⁹². Pero el blanqueo de capitales no debe asociarse únicamente a delitos relacionados con el crimen organizado como el tráfico de drogas, armas y personas; ya que en muchos casos los delitos asociados a la corrupción o fraudes suelen salir a la

elaborados por grandes especialistas en fiscalidad internacional, como la constitución de grandes empresas pantalla en paraísos fiscales. En la mayoría de los casos los deportistas han optado por permitir que empresas administren (en algunos casos de forma ficticia) sus derechos de explotación de imagen a sociedades por lo general radicadas en el extranjero. Sobre esto: MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. P. 2. Diario Expansión: “Por qué Hacienda pone el foco en la fiscalidad de los futbolistas”. 6 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: <https://amp-expansion-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.expansion.com/juridico/actualidad-tendencias/2017/12/06/5a26eda722601d8a718b4698.html>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1388 ESPEJO POYATO, Isabel. *Administración Tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 276.

1389 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 5 y 100. Por ejemplo, solo en el año 2011, Blazer ganó más de \$4.2 millones en comisiones.

1390 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p.142.

1391 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 128.

1392 CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de legitimación de capitales*. Ed. Jurídica Continental. 2012. p. 11.

luz de las autoridades debido a alertas asociadas al blanqueo de capitales¹³⁹³.

Por otra parte, es importante mencionar que el blanqueo de capitales no solamente oculta las ganancias de actividades delictivas, sino que causa efectos sumamente graves en la economía y en las empresas. Concretamente el blanqueo tiene los siguientes efectos negativos: 1. Dificulta la detección de la actividad ilícita previa, es decir ocultamiento del delito; 2. Genera elevadas ganancias que sirven para patrocinar otras actividades delictivas (especialmente preocupante es la financiación del terrorismo); 3. Gasto por parte del Estado en recursos para combatir el blanqueo, 4. Puede aumentar la corrupción pública; 5. El dinero lavado en todo el mundo supone el 5% de toda la economía mundial; 6. Afectación a las economías; 7. Pérdida del valor del dinero (inflación); 8. El dinero blanqueado suele escapar del control de la hacienda es decir no se pagan los impuestos correspondientes; 9. Producción de grandes capitales “mariposas” que cambian constantemente su mercado de participación originando problemas de liquidez bancaria; 10. Países pueden entrar a formar parte de listas negras por malas prácticas en prevención de blanqueo; 11. Dependencia de la economía de un país del dinero lavado para subsistir ingresos lícitos; 12. Afectación de la libre competencia en los mercados, entre otros¹³⁹⁴.

Estos efectos tan perjudiciales en la economía han llevado a una creciente lucha de los Estados contra el blanqueo de capitales¹³⁹⁵, que a su vez se justifica en ser una herramienta idónea y efectiva para atacar a la delincuencia organizada. Y es que, como se ha mencionado, a lo largo del presente trabajo, los delitos asociados al crimen organizado suelen ser sumamente difíciles de perseguir penalmente, mientras que la persecución del blanqueo se ha mostrado como un arma eficaz para

1393 Una herramienta que cada día es más importante para el blanqueo de forma internacional es el uso de monedas virtuales, por lo que en jurisdicciones como Estados Unidos ya han sido multadas casas de cambio de estas monedas por blanqueo de capitales: Artículo de FCPA Blog: “FinCEN fines foreign cryptocurrency Exchange \$110 million for money laundering”. De 27 de julio de 2017, se puede consultar en <http://www.fcpcblogger.com/blog/2017/7/27/fincen-fines-foreign-cryptocurrency-exchange-110-million-for.html>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1394 MOLINA, M/MOLINA, L. *El blanqueo de dinero*. Ed. Bosch. 2008. pp. 8-9; GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 10; CARPIO BRIZ, David. “Blanqueo de capitales” en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 491.

1395 CARPIO BRIZ, David. “Blanqueo de capitales” en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 490. El blanqueo se ha convertido en un grave problema para los Estados; para comprender la dimensión del problema de blanqueo de capitales es necesario citar cifras estadísticas, por ejemplo, se afirma que un monto equivalente al 15% del comercio mundial es el dinero que se blanquea en el mundo, es decir si el blanqueo fuese un país sería la octava potencia económica mundial, muy por encima de España

1395 GONZÁLEZ BUSTELO, Marta. *Narcotráfico y crimen organizado*. Ed. Icaria. 2014. p. 2.

atacar el punto clave de las organizaciones delictivas, es decir el dinero, y de esa forma afectar el funcionamiento de la organización¹³⁹⁶.

Es aquí donde la figura del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) toma importancia; el GAFI creado en 1989 en una reunión del G-7 en París, nace como el órgano encargado de establecer estándares internacionales en la prevención del blanqueo. Esto lo logran mediante el análisis de tipologías de blanqueo en sectores determinados¹³⁹⁷, las cuales le permiten al GAFI definir recomendaciones específicas para la prevención de capitales, estas recomendaciones han calado a la hora del desarrollar los programas de *Compliance*. Uno de los primeros pasos que se ha definido es identificación de los sectores económicos más vulnerables para ser utilizados con el objetivo de blanquear dinero (parte del análisis de identificación del riesgo), por ejemplo, transacciones comerciales y financieras son factores de riesgo para cometer este delito¹³⁹⁸, es por lo que el sector financiero - bancario es el más susceptible. Sin embargo, no es el único sector de riesgo, ya que existen varios ámbitos económicos han sido identificados como altamente propensos o con un riesgo inherente alto para que se dé el delito de blanqueo de capitales, como, por ejemplo: seguros, bienes raíces, arte, minería¹³⁹⁹, pero también el ámbito deportivo¹⁴⁰⁰, especialmente el fútbol, debido a que cuenta con entidades especialmente vulnerables para cometer delitos de blanqueo¹⁴⁰¹. Pese a que el GAFI ha lanzado esa importante alerta, los clubes de fútbol en España

1396 GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 2.

1397 OTERO SALGADO, Luis Daniel. "Prevención del blanqueo de capitales", en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 185.

1398 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Auditoría de sistema de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 141.

1399 GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 3

1400 USMAN BELLO, Abdullahi. *Improving anti-money laundering compliance*. Ed. Palgrave Macmillan. 2016. pp. 28-29. Otro ámbito especialmente preocupante y que ha tomado bastante importancia en los últimos años es la financiación del terrorismo, especialmente desde el atentado del 11 de septiembre al *World Trade Center* y más recientemente con el DAESH y la amenaza yihadista en Europa. La financiación del terrorismo puede darse de dos maneras, en primer lugar, mediante dinero "negro" o "gris" o en proceso de lavado lo que genera al menos dos delitos, y en segundo lugar el llamado *reverse money laundering*, emplear dinero limpio para cometer crímenes en el futuro (mediante el terrorismo).

1401 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. p. 231.

no son sujetos obligados ante el SEPBLAC¹⁴⁰², como sí lo son en otros países como Argentina y Perú, este último país con altos índices de blanqueo de capitales¹⁴⁰³.

Ahora bien, el tema de blanqueo de capitales por medio del deporte no es un problema nuevo, en los años 70, 80 y 90 del siglo pasado la moda entre los cárteles de la droga colombiana era poseer un equipo de fútbol y utilizarlo para lavar el dinero. El caso más conocido es de Pablo Emilio Escobar Gaviria quien era dueño del Atlético Nacional¹⁴⁰⁴, equipo que bajo su mandato ganó el torneo más importante en Sur América, la Copa Libertadores en 1989; también los hermanos Rodríguez Orejuela líderes del cártel de Cali, fueron dueños del América de Cali¹⁴⁰⁵. Por supuesto ambos cárteles fueron investigados por blanqueo de capitales. Por otra parte, el expropietario del Corinthians de Brasil, el iraní Kia Joorbchian, fue condenado por blanquear dinero por medio del club.

Sin embargo, no solo dueños de equipos han sido acusados de blanqueo de capitales, el ex presidente de la Federación Colombiana de Fútbol Juan José Bellini fue condenado en 1995 por enriquecimiento ilícito y por blanqueo de capitales, al ayudar a los hermanos Rodríguez Orejuela a blanquear su dinero¹⁴⁰⁶. Asimismo, el hijo de Pele, Edhino, ex jugador de fútbol y entrenador de porteros del Santos, fue reconocido como un importante miembro de una banda dedicada al tráfico de drogas en Brasil y condenado a 33 años de prisión que, finalmente, fueron ajustados a 12 años

1402 Entre los sujetos obligados encontramos: Bancos, cajas de ahorros, cooperativas de crédito, sucursales de entidades de crédito comunitarios y extra comunitarias, establecimientos financieros de crédito, establecimientos de cambio de moneda y gestoras de transferencias, entidades de pago, empresas de servicio de inversión, sociedades aseguradoras de vida, corredores de seguros, sociedades gestoras de inversión colectiva, sociedades de garantía recíproca, sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo, sociedades emisoras de tarjetas de crédito, promotores inmobiliarios, auditores de cuentas, notarios y registradores de la propiedad, abogados, casinos, personas que comercian con joyas y piedras preciosas, empresas dedicadas a la custodia, deposito o transporte de medios de pago, personas dedicadas a la comercialización y explotación de la lotería y otros juegos de azar respecto al pago de premios, las fundaciones y asociaciones, entre otras. Sobre lo anterior: OTERO SALGADO, Luis Daniel. “Prevención del blanqueo de capitales”. en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 198-200.

1403 Diario Gestión: “SBS incluye a clubes de fútbol en sistema acotado de prevención de lavado de activos”. 4 de febrero de 2018. Se puede consultar en: <https://gestion-pe.cdn.ampproject.org/c/s/gestion.pe/amp/economia/sbs-incluye-clubes-futbol-sistema-acotado-prevencion-lavado-activos-226468>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1404 Pero no se puede olvidar a los hermanos Dávila Armenta quienes fueron los primeros narcotraficantes en comprar un equipo de fútbol, salvarlo de la quiebra y hacerlo campeón de Colombia con el Club Unión Magdalena, así otros equipos han tenido dueños por lo menos sospechosos de ser narcotraficantes: Independiente Santa Fé, Millonarios FC, Deportivo Independiente de Medellín y el Deportivo Pereira.

1405 MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte. 2:2. 2014. p. 115.

1406 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 2.

de pena por el tribunal de apelación por delitos de blanqueo de capitales¹⁴⁰⁷. Mientras que los agentes de Ronaldo fueron condenados por intentar blanquear 34 millones de euros en Suiza¹⁴⁰⁸.

A pesar de las alertas y los casos mencionados, no se han aplicado controles en materia de prevención del blanqueo de capitales en el deporte español en términos generales, como sí han sido aplicados en otros países, por ejemplo: Francia ha establecido un mecanismo de control llamado *Direction Nationale du Controle de Gestion (DNCG)*¹⁴⁰⁹, la cual agrupa entre otras organizaciones a la Federación Francesa de Fútbol y a la Liga Francesa de Fútbol; su misión consiste revisar el origen de los fondos que un inversor desea colocar en un club de fútbol, además *puede realizar auditorías a los clubes y exigirles cambios en la forma de realizar las cuentas e incluso imponer sanciones*¹⁴¹⁰. Mientras que en el Reino Unido la fiscalización es más estricta y la represión penal de estos casos asociados al fútbol también, ya que recientemente el *Treasury Committee*'s reveló que existen investigaciones abiertas contra clubes de fútbol en Inglaterra por posibles delitos de blanqueo de capitales, además hizo un llamado a las autoridades a no solamente centrar los esfuerzos en prevención del blanqueo en el sector bancario y financiero si no en otros sectores, especialmente en el ámbito del fútbol¹⁴¹¹.

Ahora bien, para prevenir el blanqueo de capitales en el deporte profesional, resulta indispensable conocer las tipologías concretas de blanqueo de capitales que han sido desarrolladas para efectuarse en el deporte profesional, tomando especial consideración que, el blanqueo de capitales está muy relacionado con el amaño y las apuestas ilegales¹⁴¹². Lo anterior con el objetivo que el programa de *compliance* prevenga su comisión. No se puede ignorar que existe una tendencia del crimen organizado de buscar ámbitos de la economía menos regulados distintos al bancario-financiero, bienes raíces, seguros, mineros; sectores que además tengan una alta demanda de inyección de

1407 Diario El País Brasil. "O filho mais velho de Pelé é condenado a 33 anos de prisão por lavagem de dinheiro" de 1 de junio de 2014 se puede consultar en: https://brasil.elpais.com/brasil/2014/06/01/politica/1401590348_206629.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1408 DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010. pp. 232-233

1409 Página web de esa entidad: <https://www.lfp.fr/DNCG/rapports>.

1410 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 60-61.

1411 Foro KYC360: "UK football clubs in live money laundering investigations". 7 de noviembre de 2018. Se puede consultar en: <https://kyc360.com/news/uk-football-clubs-in-live-money-laundering-investigations/?fbclid=IwAR3DvzhREfXuMYwM9F3m0Mi3dKJIQd1MaHHwbJfHQgb9tcfZaiegdx4NUmc>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1412 Entrevista realizada a la Sra. Pilar Chavarría, Compliance Officer del Club Atlético de Madrid, 31 de julio de 2023. Nota: las manifestaciones realizadas por el Sra. Chavarría Arias son a título personal y no representa la posición oficial del Atlético de Madrid.

capitales de forma permanente, características que cumple el ámbito deportivo y especialmente en España el Fútbol.

Los clubes deportivos son en esencia grandes empresas con importantes ingresos, pero también altos gastos operativos, la competencia para sobrevivir cada año es difícil, esto ha despertado la necesidad de ingresar grandes capitales de forma rápida con el objetivo de asegurar una expansión importante para los clubes o incluso solo asegurar su continuidad. Todo esto conlleva un peligro importante para que se genere el blanqueo de capitales en dicho ámbito. Pero a diferencia del ámbito financiero o incluso de las mismas empresas, en los clubes deportivos se dan tipologías distintas que podrían considerarse únicas, y que deben conocerse de cara a prevenirlas.

El blanqueo mediante el ingreso de dinero negro a grandes empresas para así mezclarlo con el dinero limpio de las entidades es una metodología bastante utilizada. En estos casos el dinero sucio ingresado en la empresa tendrá repercusiones sumamente graves, porque todas las ganancias obtenidas por la empresa se reputarán contaminadas, es decir en lugar de blanquearse el dinero opaco, el dinero blanco se manchará del opaco¹⁴¹³. Esto conllevará graves consecuencias para la empresa, máxime si la misma es imputada desde el punto de vista de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por el medio de la cual se podrá decretar desde multas hasta el cierre de la empresa por un periodo determinado, sin olvidar la figura ya mencionada de comiso de los bienes.

Concretamente el blanqueo de capitales por medio de entidades deportivas puede darse de tres formas: 1. En primer lugar se puede estar ante un escenario en que el blanqueo sea cometido por una decisión de sus órganos de gestión o dirección, es decir una decisión tomada desde lo más alto del club deportivo u organización; 2. Que un trabajador en este caso encargado de algún departamento (patrocinio, inversiones, entre otros.) decida por cuenta propia iniciar operaciones de blanqueo dentro del club, sin conocimiento del resto de la entidad; 3. La entidad deportiva y sus empleados no tome previsiones mínimas para prever el blanqueo y los inversionistas, patrocinadores o socios del club deportivo se estén aprovechando de esta poca fiscalización para emprender actos de blanqueo a través del club.

1413 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 105.

Concretamente las tipologías de blanqueo en el deporte son muchas, especialmente en el fútbol profesional, ámbito particularmente riesgoso según el informe elaborado por el GAFI en junio de 2009, de estas tipologías podemos destacar: 1. Compra o inversión en clubes de fútbol; 2. Venta de jugadores de fútbol¹⁴¹⁴; 3. Venta de entradas para los partidos (venta de entradas por parte de los equipos sin que las federaciones nacionales no fiscalizan si en realidad se realizaron estas ventas¹⁴¹⁵); 4. Apuestas; 5. Venta de derechos de imagen (no existe control alguno sobre lo que se realiza con los derechos de imagen, en muchos casos se simula una venta a empresas domiciliadas en paraísos fiscales¹⁴¹⁶); 6. Patrocinadores; 7. Concesión de falsos préstamos¹⁴¹⁷, entre otras.

Otra señal de alerta es el llamado *doping* financiero, este se desarrolla cuando ingresan importantes cantidades de dinero en un club sin ninguna motivación o explicación desde el punto de vista de la lógica económica. Asimismo, otras alertas son: cuando personas físicas compran clubes¹⁴¹⁸, especialmente si no se conoce el origen del dinero con el que compraron el club, cuando el club es controlado o es comprado por sociedades domiciliadas en paraísos fiscales o cuando se pagan precios irracionales por ciertos jugadores¹⁴¹⁹. Muchas veces esas transacciones no llevan un adecuado control a lo interno del club¹⁴²⁰. Como se mencionó anteriormente la venta de equipos profesionales ingleses de fútbol a millonarios originarios de Europa del este al comienzo de este siglo levanto por lo menos las alarmas de que algo extraño o delictivo estaba sucediendo¹⁴²¹.

Otra forma de blanqueo de capitales está relacionada directamente con la aceptación de sobornos por parte de directivos, tal y como sucedió en el famoso caso de la FIFA, en donde los directivos

1414 Diario El País: “Destapado un millonario fraude fiscal con la venta de futbolistas a clubes de primera”. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2020/02/25/actualidad/1582625693_769331.html (consultado por última vez 21/09/20).

1415 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 36 y 105.

1416 Ibidem. Los paraísos fiscales facilitan la labor de blanqueo de capitales y según el autor existen unos 50 paraísos fiscales en el mundo, que sirven para ocultar \$20 trillones.

1417 Ibidem. pp. 32-33.

1418 Algunos ejemplos relativos a blanqueo de capitales asociados a personas que compraron clubes de fútbol e inyectaron capital son: Thaksin Shinawatra, quien compró el Manchester City mientras era investigado por delitos económicos en Tailandia, Carson Yeung fue el presidente y dueño del Birmingham City hasta que en 2014 cuando fue condenado por blanqueo de capitales en Hong Kong. Recientemente en España el agente deportivo Quique Pina fue imputado por blanqueo de capitales y fraude fiscal derivado de traspasos de jugadores de fútbol. Diario El País: “Detenido el agente Quique Pina por blanqueo de capitales en el traspaso de futbolistas”. 31 de enero de 2018. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2018/01/31/actualidad/1517393611_194697.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1419 BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”, en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 113.

1420 D'ANGELO, Eugenio. “Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A.” Rev. International Business Research. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. p. 151.

1421 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. pp. 70 y 151.

involucrados aceptaban sobornos de empresas con el objetivo de adjudicar contratos, el cual en algunos casos era movido por medio de cuentas en paraísos fiscales a nombre de sociedades pantalla, fondos que fueron utilizados para comprar bienes¹⁴²². En virtud del caso FIFA Gate, un banquero suizo aceptó un juicio por conformidad (*pleaded guilty*) por blanquear el dinero de varios de los dirigentes de FIFA involucrados en el escándalo por aceptar sobornos para derecho de transmisión de distintas federaciones y confederaciones de fútbol alrededor del mundo (especialmente en Latinoamérica)¹⁴²³.

Algunos expertos han identificados varias razones por las que resulta relativamente sencillo blanquear dinero en el ámbito del fútbol, en primer lugar, se mueve una gran cantidad de dinero, lo que permite blanquear grandes cantidades de dinero en poco tiempo, en segundo lugar es muy difícil determinar el origen de los fondos utilizados en las distintas transacciones, porque esconder el dinero sucio se hace muy fácil, además en casos de transacciones internacionales esta operación se hace casi imposible de detectar¹⁴²⁴. Por otra parte, no todos los países tienen un sistema estricto de control de prevención de blanqueo de capitales, por ejemplo, Inglaterra tiene pocos controles y su normativa no dista mucho de paraísos fiscales como la Islas Caimán¹⁴²⁵. En el caso específico de España los clubes deportivos no han sido incluidos como sujetos obligados por la Ley de Prevención del blanqueo de capitales, lo cual no les obliga a reportar grandes inversiones realizadas por socios ni tomar medidas preventivas a la hora de contratar con patrocinadores, ni mucho menos a la hora de realizar ventas o compras de jugadores a otros clubes, es decir existe una falencia importante desde el punto de vista de los mecanismos de control.

Otra fuente preocupante y que puede genera blanqueo son las fundaciones, y es que en el deporte profesional existe una tendencia por parte de clubes deportivos, jugadores y ex jugadores de establecer fundaciones (ONG) con objetivos que van desde promover el fútbol hasta combatir enfermedades, sin embargo, existe poco control sobre el dinero que se dona y mucho menos control

1422 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 132.

1423 Artículo en FCPA Blog, "Swiss banker helped launder \$25 million FIFA bribes". De 16 de junio de 2017. Se puede ver en <http://www.fcpcbog.com/blog/2017/6/16/swiss-banker-helped-laundry-25-million-fifa-bribes.html>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1424 BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. pp. 33 y 69; y GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 200.

1425 Ibidem. p. 146

de qué se realiza con el dinero que se les dona¹⁴²⁶. Asimismo, grupos económicos que compran clubes o empresas patrocinadoras han ingresado de forma muy fuerte a Europa, muchos de ellos provenientes de países que no destacan por su adecuado control contra el blanqueo de capitales y que más bien han sido criticados por la comunidad internacional por incluso colaborar con el blanqueo de capitales. Como se puede observar el problema de blanqueo de capitales en el ámbito deportivo es amplio y complejo, y conlleva un importante riesgo inherente que debe ser valorado y gestionado desde el punto de vista del *compliance*.

4.1.7 Delitos relativos al crimen organizado

El crimen organizado es un fenómeno que fue definido por la Convención de Palermo de Naciones Unidas como: *Un grupo estructurado (no formado de manera puntual para la comisión inmediata de un crimen), de tres o más personas que existe durante un periodo continuado de tiempo, y actúa en concierto con el objetivo de cometer uno o más crímenes u ofensas serias (sujetas a privación de libertad de al menos cuatro años) establecidas de acuerdo a esta Convención, y con el objetivo de obtener directa o indirectamente un beneficio material o de otro tipo*¹⁴²⁷. Es decir, un grupo de personas que se unen con el objetivo de cometer delitos de forma permanente, caracterizado por que sus delitos serán considerados como graves.

El crimen organizado no es un fenómeno nuevo, pero se ha adaptado a las tendencias políticas y socioeconómicas de la era de la globalización, ya que actualmente *el crimen organizado es trasnacional*¹⁴²⁸, es decir no tiene fronteras y se ha convertido en verdaderas “empresas” multinacionales que buscan tener la mayor cantidad de sedes en todo el mundo. Asimismo, el aumento de bienes ilícitos con alta demanda (drogas, prostitución, mano de obra ilegal, artículos falsificados, armas, entre otros) y la facilidad de desplazar mercadería de un lugar a otro por medio de aire, tierra o agua, han hecho que su expansión sea acelerada¹⁴²⁹. Uno de los principales objetivos

1426 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 110.

1427 Artículo 2.a). Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos. Naciones Unidas. Nueva York, Estados Unidos de América. 2004.

1428 GONZÁLEZ BUSTELO, Mabel. *Narcotráfico y crimen organizado*. Ed. Icaria. 2014. p. 21.

1429 Ibidem. Para entender mejor la forma de operar del crimen organizado es adecuado poner un ejemplo, trata de personas desde África llegan en barcos a España como puerto de entrada a Europa, son vendidas como mercancía en Austria, el dinero de esa venta se paga en cuenta en Hong Kong y el dinero es enviado para ser blanqueado en Panamá; de esta forma la actividad delictiva se desarrolló en cuatro continentes. Pero aquí se deben destacar dos diferencias conceptuales, organización criminal internacional

de la criminalidad organizada es unirse en una organización de personas para cometer hechos delictivos graves de forma que genere la mayor cantidad de ingresos económicos posibles e intentar proteger a sus miembros por medio de la estructura¹⁴³⁰.

Por otra parte, desde el punto de vista deportivo también estamos ante la presencia del fenómeno de universalización del deporte, es decir, relaciones deportivas internacionales y globales entre clubes y federaciones deportivas que trascienden fronteras¹⁴³¹. Pero esta universalización no se limita a aspectos competitivos únicamente, sino a relaciones comerciales y de patrocinio a nivel global. Esto es una gran similitud con el expansionismo que vive el crimen organizado, siguiendo el afán por poder relacionarse a un nivel global y aprovechar la oportunidad de generar negocio en la mayor cantidad de países posible.

Es innegable que el crimen organizado a nivel mundial ostenta un gran poder incluso a nivel social y político¹⁴³², en algunas regiones ese poder trasciende también al ámbito deportivo, llegando incluso a controlar equipos deportivos. Tradicionalmente, la criminalidad organizada ha buscado siempre evolucionar y se encuentra en una constante búsqueda de nuevos ámbitos donde poder incursionar; buscando siempre sectores con pocos controles y que sean rentables. Esas son características que el deporte profesional cumple, y se ha visto reflejado especialmente en casos de apuestas ilegales y amaño de partidos; un ejemplo de lo anterior fue el llamado caso “Calciópolis”, en donde la Camorra italiana se había encargado de amañar una gran cantidad de partidos de la primera liga de fútbol italiana¹⁴³³. Pero eso no solo sucede en el fútbol y en Italia, según el Senado de los Estados Unidos de América durante la década de los años noventa, el 80% de los jugadores de la NHL realizaban pagos de protección a la mafia rusa y también estaban amañando partidos¹⁴³⁴.

La participación del crimen organizado en el deporte ha llegado hasta la comisión de homicidios en los estadios deportivos, por ejemplo, en el estadio del Shakhtar Donetsk de Ucrania, la sección

es cuando la organización opera en varios países utilizando a sus propios integrantes, mientras que se debe entender por criminalidad organizada transnacional cuando existe cooperación entre los grupos criminales de distintos países para operar.

1430 Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 6.

1431 ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016. p. 15.

1432 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 52. El autor indica que el gobierno de Malasia no es más que la “sombra” de la mafia.

1433 RÍOS CORBACHO, José Manuel. <Palabra de fútbol> y *Derecho penal*. Ed. Reus. 2015. pp. 141-145. Que mejor ejemplo de la incursión de la mafia en el fútbol que la contratación de Diego Maradona por el Nápoles.

1434 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. pp. 3 y 69

de VIP estalló a causa de un aparato con 11.5 kilogramos de explosivos, matando a Akhat Bragin, presidente del club, quien supuestamente era un mafioso y a sus cinco guardaespaldas, supuestamente el atentado fue realizado por un grupo rival de crimen organizado¹⁴³⁵.

Los controles de los gobiernos sobre las entidades deportivas no son siempre adecuados, incluso ciertas decisiones tomadas por los propios Estados han impulsado la penetración del crimen organizado; Por ejemplo, en Rusia en 1993, el ministro de deportes ruso decidió que los clubes deportivos pudieran importar sin impuestos alcohol y tabaco para vender y hacer dinero extra, esto fue una motivación para que muchos grupos de crimen organizado quisiera tener control sobre un club deportivo¹⁴³⁶. Así mismo, miembros de importantes entidades deportivas internacionales han sido vinculados con el crimen organizado, incluso algunos ex deportistas¹⁴³⁷.

Cabe destacar que varios casos de criminalidad económica en el ámbito deportivo han sido catalogados como organizaciones criminales, tal fue el caso de la FIFA, en donde las autoridades norteamericanas aplicaron la ley RICO a los miembros de la entidad detenidos, al considerar que cometieron delitos dentro de una estructura organizada con funciones específicas, esa aplicación por parte de las autoridades de los Estados Unidos pudo haber ido más allá y pudo haber desintegrado al menos a la CONCACAF con la excusa de estar en presencia de crimen organizado¹⁴³⁸, situación que no sé materializó. En virtud de lo anterior, resulta evidente que la criminalidad organizada es un riesgo inherente y real del ámbito deportivo, y que los clubes deportivos son sumamente atractivos para ese tipo de delincuencia.

1435 Ibidem. pp. 122-123: el autor hace referencia a varias muertes ocurridas en Rusia, el presidente del CSKA de Moscú, Yevgeni Giner, su hijo y su chofer fueron asesinados a tiros, el presidente de la Federación de Fútbol de la región de Novosibirsk, Vladimir Valeyev fue asesinado, el director del equipo de fútbol Luch-Energia Vladivostok, Victor Skripal también fue asesinado, Yuri Tiskov agente de jugadores de fútbol también fue asesinado, Vladimir Prokhorov presidente del Club Kristall también fue asesinado, Natalya Dolmatov, esposa del técnico del CSKA de Moscú, desaparecida, entre otras más víctimas que el autor cita.

1436 Ibidem. pp. 124-125.

1437 Ibidem. p. 291. Una carta del ex presidente de la FIFA, Joao Havelange fue hallada en la casa del jefe de las apuestas ilegales en Brasil, Castor de Andrade, quien a su vez era dueño de un Club de fútbol en Brasil. También en 2017 un ex jugador del FC Barcelona, el mexicano Rafael Márquez fue identificado por el gobierno de Estados Unidos de América por estar relacionado con un importante narcotraficante mexicano y supuestamente ayudarlo a blanquear su dinero por lo que el ex jugador del FC Barcelona fue sancionado con medidas económicas que incluyen la congelación de todos sus activos en Estados Unidos de América y la imposibilidad de realizar negocios con entidades domiciliadas en ese país. Canal DW: "Rafa Márquez identificado por EEUU en red de narcotráfico" de 9 de agosto de 2017. Se puede consultar en: <http://m.dw.com/es/rafa-márquez-identificado-por-eeuu-en-red-de-narcotráfico/a-40029694?maca=spa-Facebook-dw>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1438 BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 90; Department Of Justice de Estados Unidos de América, nota de prensa: "Nine FIFA officials and five corporate executives indicted for racketeering conspiracy and corruption". De 27 de mayo de 2015 se puede consultar en: <https://www.justice.gov/opa/pr/nine-fifa-officials-and-five-corporate-executives-indicted-racketeering-conspiracy-and>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

4.1.8 Tráfico de drogas

Muy relacionado con el crimen organizado se encuentra el tráfico de drogas, este último delito es un delito que genera gran cantidad de dinero en poco tiempo y lo único que se necesita para completar el tipo es mover la droga de un lugar a otro o incluso solo almacenarla (evidentemente el tipo penal también se puede dar por producción y venta). Por esta facilidad para cometerse el mismo puede darse en cualquier ámbito, muchos son los casos de productos de consumo masivo que son utilizados como vía para esconder la droga y hacerla llegar de un país a otro. Es por ello que el deporte no escapa de este importante riesgo penal; por ejemplo los grandes clubes deportivos cuentan con miles de jugadores en sus categorías juveniles e infantiles que se movilizan cada fin de semana a jugar partidos por todo España, en autobuses; además de que sus equipos principales se trasladan en aviones privados por todo el mundo y muchas veces reciben tratos preferentes por parte de las autoridades que incluso podrían equipararse o llegar a superar a los tratos que reciben los cuerpos diplomáticos en temas migratorios y de recibimiento, conociendo estos traslados, el poco control por parte de las autoridades y aprovechando la red de contactos en todo el mundo es posible mover droga por todo España y Europa utilizando un club deportivo profesional.

Sin embargo, mover la droga dentro de Europa no es la tarea más compleja, la tarea realmente difícil radica en hacer llegar la droga a Europa o Estados Unidos. Situación que también se vinculado al deporte profesional, por ejemplo en el año 2009, salió a la luz la llamada Operación Ciclón en donde se acusó a dos ex jugadores, dos jugadores y un representante de jugadores de fútbol, por traficar casi una tonelada de cocaína procedente de Argentina, para lograr darle una apariencia de licitud a sus actividades utilizaban una empresa llamada Ariete Sport supuestamente dedicada a mercadería deportiva; el agente deportivo, gracias a sus contactos en Suramérica, conseguía la droga para que fuese enviada a España¹⁴³⁹.

Por desgracia, el caso anterior no es el único caso de deportistas (y especialmente futbolistas) asociados al tráfico de drogas o al menos a narcotraficantes; en América Latina existen varios casos al respecto, desde jugadores que son amigos de reconocidos criminales hasta jugadores detenidos

1439 Diario 20 minutos. “La Audiencia juzga a tres futbolistas por introducir una tonelada de cocaína en España”. De 19 de enero de 2014. Ver más en: <http://www.20minutos.es/noticia/2033592/0/audiencia-juzga/tres-futbolistas-introducir/tonelada-cocaina/#xtor=AD-15&xts=467263>. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

por participar directamente en crímenes vinculados al crimen organizado¹⁴⁴⁰. Estos casos evidencian lo vulnerable del ámbito y lo fácil que puede llegar a ser penetrado por el tráfico de drogas y, en general, por el crimen organizado. Lo anterior debe analizarse con detenimiento desde el punto de vista del *compliance* evitando que las entidades deportivas y sus miembros lleguen a tener relaciones con este tipo de grupos.

Sin lugar a duda la penetración del crimen organizado en el ámbito deportivo (y en cualquier ámbito de la sociedad) es algo muy peligroso, ya que dificulta las investigaciones¹⁴⁴¹, genera violencia, extorciones, amenazas, muertes, lo que tiene como resultado miedo por parte de las personas que conocen el tema y que podría denunciar o colaborar con las investigaciones. El programa de *compliance* debe ir encaminado en su apartado de prevención del crimen organizado a repeler la entrada de dicha delincuencia en la esfera deportiva y prever una estrecha colaboración con las autoridades de cara a contenerla.

4.1.9 Análisis de delito de trata de personas

La trata de personas es el tercer delito más lucrativo del mundo, solo por detrás del tráfico de drogas y el de armas; se estima que en el mundo existen más de treinta rutas para traficar de forma masiva con seres humanos¹⁴⁴². El problema es complejo, ya que existe el consentimiento de la víctima,

1440 Sobre esto: Diario 21: “El lado oscuro del fútbol: Estos son los jugadores vinculados al narco”. 10 de agosto de 2017. Se puede consultar en: <https://peru21.pe/deportes/lado-oscuro-futbol-son-jugadores-vinculados-narco-238982>. (Consultado por última vez el 21/10/2019). En Costa Rica en un mismo día se detuvo por aparente delito de tráfico de drogas al portero de un equipo de la primera división de fútbol y a un jugador que había retirado de otro club de primera división cuatro meses antes, ambos casos son independientes y no tienen relación entre sí. Sobre esto: Diario La Nación: “Exfutbolista lideraba grupo narco vinculado a El gringo”. 12 de abril de 2018. Se puede consultar en: https://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/exfutbolista-lideraba-grupo-narco-vinculado-a-el/KYYWHF3JKZFWBCKLXF5VLWEYLI/story/?utm_source=website&utm_medium=feature-most-read&utm_campaign=metered. (Consultado por última vez el 21/10/2019). Diario La Nación: “Policía detiene a portero titular de San Carlos como sospechoso de tráfico internacional de drogas”. 12 de abril de 2018. Se puede consultar en: https://www.nacion.com/sucesos/narcotrafico/policia-detiene-a-portero-de-san-carlos-como/XOPW62BQLRHK3LKQOJ6W67S4LI/story/?utm_campaign=socialflow&utm_source=socialflow&utm_medium=social. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

1441 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 37.

1442 Ibidem. pp. 18-19. Aparte de ser un delito sumamente rentable también es la puerta para otra gran cantidad de delitos, por ejemplo, se estima que de cada 100 personas que han sido traficadas, 24 se contagiarán de una enfermedad de transmisión sexual, 3 se contagiarán de VIH, 15 mujeres quedarán embarazadas, 26 personas sufrirán agresiones físicas, 19 serán víctimas de delitos sexuales y 9 serán amenazadas o intimidadas. Todos estos datos el autor indica que son basados en una conferencia dada por la Oficina de Naciones Unidas contra el Crimen.

esto debido a que las víctimas se encuentran en un estado de vulnerabilidad y por esto dan un consentimiento para el delito e incluso pagan por ser las trafiquen¹⁴⁴³.

La trata de personas está controlada por el crimen organizado y este tipo de delincuencia ha visto en el ámbito deportivo y especialmente en el fútbol profesional la posibilidad de traficar con personas, concretamente llevando a jóvenes del tercer mundo (especialmente África y Sudamérica) a Europa, con la falsa promesa de contratos millonarios con importantes clubes deportivos, convirtiéndolos realmente en esclavos modernos¹⁴⁴⁴. Se cree que más de veinte mil jóvenes viven en las calles de Europa como consecuencia de la trata de personas directamente relacionada con la falsa promesa de jugar en un gran club de fútbol europeo¹⁴⁴⁵. Este problema llegó hasta el Parlamento Europeo, entidad que activó las alarmas al indicar que el ámbito del deporte se está convirtiendo en un gran mercado para la trata de personas, especialmente de niños que buscan desesperadamente salir de la pobreza¹⁴⁴⁶.

En virtud de lo anterior, la FIFA ha implementado algunas medidas encaminadas a evitar la trata de personas en el fútbol profesional: se han prohibido las transferencias internacionales de jugadores menores de 18 años¹⁴⁴⁷, imponiéndose incluso fuertes sanciones al Barcelona, Real Madrid y Atlético de Madrid por incurrir en esas prácticas¹⁴⁴⁸. Sin embargo, para algunos autores

1443 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 21 y 25. El consentimiento del traficante no exime de ninguna forma la responsabilidad del sujeto activo del tipo penal.

1444 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. 94.

1445 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 30.

1446 SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015. p. 44.

1447 BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. Ed. 20XII Grupo. 2015. p. 159. Los clubes mencionados incurrieron en compra de jugadores menores 18 años de forma contraria a lo establecido en el artículo 19 del Reglamento sobre Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA, que establece: *Las transferencias internacionales de jugadores se permiten solo cuando el jugador alcanza la edad de 18 años. Se permiten las siguientes tres excepciones: Si los padres del jugador cambian su domicilio al país donde el nuevo club tiene su sede por razones no relacionadas con el fútbol. La transferencia se efectúa dentro del territorio de la Unión Europea (UE) o del Espacio Económico Europeo (EEE) y el jugador tiene entre 16 y 18 años. El nuevo club debe cumplir las siguientes obligaciones mínimas: Proporcionar al jugador una formación escolar o capacitación futbolística adecuada, que corresponda a los mejores estándares nacionales. Además de la formación o capacitación futbolística, garantizar al jugador una formación académica o escolar, o una formación o educación y capacitación conforme a su vocación, que le permita iniciar una carrera que no sea futbolística en caso de que cese en su actividad de jugador profesional. Tomar todas las previsiones necesarias para asegurar que se asiste al jugador de la mejor manera posible (condiciones óptimas de vivienda en una familia o en un alojamiento del club, puesta a disposición de un tutor en el club, etc.). En relación con la inscripción del jugador, aportará a la asociación correspondiente la prueba de cumplimiento de las citadas obligaciones. El jugador vive en su hogar a una distancia menor de 50 km de la frontera nacional, y el club de la asociación vecina está también a una distancia menor de 50 Km de la misma frontera en el país vecino. La distancia máxima entre el domicilio del jugador y el del club será de 100 km. En tal caso, el jugador deberá seguir viviendo en su hogar y las dos asociaciones en cuestión deberán otorgar su consentimiento.*

1448 Diario El País: “El TAS confirma la sanción al Atlético de Madrid, que no podrá fichar hasta enero”. 3 de junio de 2017. España. Se puede consultar en: https://elpais.com/deportes/2017/06/01/actualidad/1496303041_239827.html. (Consultado por última vez el 21/10/2019).

como MARTIN DE SANCTIS, esa prohibición de la FIFA ha tenido como resultado una situación más grave, ya que han permitido al crimen organizado aumentar su intervención al adquirir los derechos sobre jóvenes promesas desde tempranas edades mediante denominadas “*academias de talentos*”¹⁴⁴⁹.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que el problema de la trata de personas en el ámbito deportivo tiene un doble componente, que tiene como consecuencia que sea un problema más complejo de abordar: en primer lugar la complejidad que ya engloba el delito por su propia naturaleza, la trata de personas, especialmente por la participación del crimen organizado; y en segundo lugar el hecho de que en el caso deportivo muchos de los jóvenes que logran llegar a las principales ligas europeas tienen aparejado además la existencia de un contrato con una “academia de talentos”, que puede ser incluso la misma encargada de llevar al futbolista de un país a otro de forma ilícita. Todo esto convierte al jugador en un esclavo moderno de un tercero que decide sobre su futuro y obtiene un importante porcentaje de los ingresos del jugador.

Sin lugar a duda, este tema es más complejo que solo un delito penal o una infracción al Estatuto de los jugadores de la FIFA, estamos ante una seria amenaza para los Derechos Humanos de las personas que buscan migrar de su país por la razón que sea, esto supone un gran reto para los Estados e incluso para entes supranacionales como la Unión Europea. Como varios de los problemas del ámbito deportivo profesional no se puede solo exigir a las entidades deportivas profesionales (sujetos de derecho privado) que detecten cualquier forma trata de personas en el ámbito deportivo, cuando ni siquiera los mismos Estados pueden hacer frente a este problema.

Sin embargo, las entidades deportivas deben aplicar controles que les permita detectar la mayor cantidad de estos casos y reportarlos a las autoridades de forma inmediata, esto lleva a que el programa de *compliance* deba contemplar este riesgo potencial y lo aborde por medio de controles adecuados a la hora de ficha nuevos jugadores, especialmente mediante: debida diligencia, y el

1449 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. pp. 14 y 18. La forma en que esto sucede es por medio de academias de talentos las cuales han surgido en los últimos años con bastante fuerza en África, Asia y América Latina o hasta en Europa con el objetivo de buscar jugadores, ficharlos, formarlos, llevarlos a Europa para que jueguen y prometiéndoles que cuando cumplan 18 años firmaran para grandes equipos, estos sueños la mayoría de veces terminan en trata de personas o esclavitud sexual, solamente menos del 1% de esos talentos es fichado por un club europeo de primera división, cuando esto sucede dichas academias de talentos serán dueñas de un importante porcentaje de lo que el jugador vaya a recibir de sus futuros contratos, convirtiendo a los jugadores en esclavos modernos de estas redes.

análisis de a quién se realizaran los pagos por el fichaje. Asimismo, es importante que los clubes que tienen escuelas de formación o ceden su imagen para escuelas de formación en Asia, África y América Latina, conozcan a quién le están cediendo su imagen (*third party due diligence*) y además que apliquen medidas de control respecto estas escuelas con el claro objetivo de prevenir casos de trata de personas.

5 Conclusiones preliminares

A lo largo de los capítulos V y VI se analizó el ámbito deportivo, las características que lo hacen vulnerable para que se den una serie de delitos, delitos que a su vez fueron examinados desde el punto de vista de las posibles tipologías específicas aplicables al ámbito deportivo y el análisis de importantes casos reales. Todo lo anterior con el objetivo de poder comprender y conocer el ámbito específico, sus riesgos inherentes, las tipologías delictivas específicas; lo anterior con el objetivo de poder abordarlos desde el punto de vista del programa de *compliance* de entidades deportivas profesionales, análisis que se realizará más adelante.

En los capítulos anteriores ha quedado plasmado que la corrupción en el ámbito deportivo es una realidad actual, que existen fallos a nivel administrativo de los clubes y las entidades deportivas que permiten la comisión de esos hechos delictivos, y que existen delitos cometidos exclusivamente en el ámbito deportivo, y tipologías concretas de importantes delitos, en algunos casos asociados al crimen organizado, que se cometen mediante tipologías concretamente elaboradas para el sector del deporte. De manera que, resulta necesario abordar los elementos generales de los programas de *compliance*, como base para el ultimo capítulo lograr establecer los lineamientos específicos que debe tener un programa de *compliance* en entidades deportivas profesionales de cara a prevenir verdaderamente la corrupción.

**CAPÍTULO VII. ESTABLECIMIENTO DE UN PROGRAMA DE *COMPLIANCE* EN
ENTIDADES DEPORTIVAS PROFESIONALES**

1. Introducción

De acuerdo con los análisis desarrollados en los capítulos anteriores, es posible partir de que los programas de cumplimiento no son obligatorios para las empresas según el código penal español y la gran mayoría de legislación internacional; sin embargo, en el marco de un proceso penal resulta indispensable contar con un programa de *compliance*; por otra parte, según lo analizado previamente en este trabajo, el deporte profesional es un ámbito vulnerable para la comisión de hechos delictivos. Se ha desarrollado normativa sectorial que obliga a las empresas a incluir modelos de *compliance*; concretamente en España existe un ejemplo de lo anterior: a finales del año 2015 se modificaron los Estatutos Sociales de La Liga Nacional de Fútbol Profesional incluyéndose el apartado 20 del art. 55 (requisitos para la afiliación a La Liga, primera división y segunda división), el cual establece: *Adoptar y ejecutar con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir significativamente el riesgo de su comisión*. Además, los clubes deportivos de la primera división del fútbol español deben contar con programas de *compliance* e incluso certificaciones en la materia, como parte de un plan para fortalecer la responsabilidad social de los clubes¹⁴⁵⁰.

A nivel internacional el COI recientemente exigió vía contrato que la ciudad de Los Ángeles, sede de las Olimpiadas en 2028, prevenga la corrupción pública y privada para evitar hechos como los de las olimpiadas de Salt Lake City¹⁴⁵¹. Esa nueva exigencia del COI pareciera que está definiendo una nueva era de prevención de la corrupción en sentido amplio en el deporte olímpico, ya que también la exigencia para la ciudad de Los Ángeles exige incluye la prevención de hechos como: apuestas y prevención de la manipulación de competencias, respeto de los derechos de imagen, impuestos, entre otros¹⁴⁵², es decir, el COI utiliza un concepto amplio de corrupción, como el

1450 FERNÁNDEZ, J.L./LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus. 2020. p. 113.

1451 FCPA Blog, Spalding, Andy. “Can the Olympics leave an anti-corruption legacy?”. 09 de agosto de 2021. Se puede consultar en: <https://fcpablog.com/2021/08/09/can-the-olympics-leave-an-anti-corruption-legacy/>.

1452 Contrato entre el COI y la ciudad de Los Ángeles “Host City Contract 2028” se puede consultar en: https://stillmed.olympic.org/media/Document%20Library/OlympicOrg/Documents/Host-City-Elections/XXXIV-Olympiad-2028/Host-City-Contract-2028-Principles.pdf#_ga=2.166505593.696523938.1501602803-1756006933.1453748726 Y Artículo en FCPA Blog: “The Olympic anti-corruption era begins” de 1 de agosto de 2017 se puede consultar en:

descrito en el primer capítulo del presente capítulo.

Por su parte, desde el escándalo FIFAGATE, la FIFA anunció una serie de cambios de su cultura corporativa, algo indispensable para poder exigir también a las federaciones nacionales y clubes deportivos la adopción de componentes éticos¹⁴⁵³. Sin embargo, para el Dr. PIETH los esfuerzos de la FIFA no son suficientes, ya que falta incluir varios aspectos para lograr un cambio significativo: 1. Contar con un programa de *compliance* como tal; 2. Establecer reglas de contabilidad y auditoría adecuadas, 3. Establecer reglas que regulen los conflictos de interés; 4. Controles de integridad a los candidatos para los puestos en la entidad (a todos los niveles, incluyendo la Presidencia y los miembros de los comités y por ende de las federaciones nacionales); 5. Un sistema de *whistleblowing* serio; 6. Reglas para la elección de presidente; 7. Reglas para las elecciones de países sedes de mega eventos¹⁴⁵⁴. Los elementos indicados anteriormente son básicos en el marco de un programa de *compliance* adecuado, sin embargo, a criterio de PIETH, la FIFA los ha dejado por fuera en sus reformas o la manera en qué se han realizado, no son las adecuadas¹⁴⁵⁵.

Si se pretenden cambios reales en materia de cultura corporativa, deben adoptarse programas de *compliance* idóneos; cambios que deben venir desde los más alto (*tone from the top*) sean federaciones internacionales, luego federaciones locales y por último clubes deportivos. Las federaciones internacionales como entes reguladores del deporte deben establecer manuales de buenas prácticas para la adecuada implementación de los programas de *compliance*. Siendo que las federaciones locales y los clubes deportivos deben contar con un equipo multidisciplinar en la que pueden participar abogados (especializados en distintos ámbitos como Derecho Deportivo, Corporativo, Penal, Laboral, entre otros.), consultores, informáticos, ingenieros, entre otros. Estos profesionales deben trabajar de la mano con el club e incluso con los representantes de los

[http://www.fcpablog.com/blog/2017/8/1/andy-spalding-the-olympic-anti-corruption-era-begins.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A%20fcpablog%2FsLbh%20\(The%20FCPA%20Blog\)](http://www.fcpablog.com/blog/2017/8/1/andy-spalding-the-olympic-anti-corruption-era-begins.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A%20fcpablog%2FsLbh%20(The%20FCPA%20Blog))

1453 Algunas entidades deportivas por iniciativa propia han decidido implementar programas de *compliance* de cara a cumplir con las obligaciones de la UKBA y la FCPA, al considerar estas entidades que cuentan con actividades globales que pueden estar sujetas a la aplicación de ambas legislaciones. Sobre esto: FCPA Blog, artículo: “Manchester United worries about compliance too”. 4 de octubre de 2019. Se puede consultar en: <https://fcpablog.com/2019/10/04/manchester-united-worries-about-compliance-too/>. (Consultado por última vez 4/01/2019).

1454 HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. pp. 179-180.

1455 Sin embargo, el autor suizo Mark Pieth quien fue miembro del comité independiente sobre *governance* de la FIFA afirma que los cambios que ha anunciado la entidad no han sido puestos en práctica debido principalmente a los miembros de los comités. HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. pp. 177-178.

trabajadores¹⁴⁵⁶, y también de la mano con las entidades que regulan el ámbito específico (federaciones nacionales e internacionales, ligas profesionales, entre otros) para desarrollar adecuadamente el programa de *compliance*.

Por otra parte, se recomienda también integrar a los trabajadores de las entidades y a los propios deportistas a la hora de desarrollar el modelo, ya que para algunos autores ese involucramiento tiene efectos positivos como: 1. Una mayor difusión del programa por medio de los representantes de los trabajadores; 2. Una mejor aceptación y puesta en práctica del programa, ya que es una medida acordada y trabajada por la empresa y los trabajadores a diferencia de si fuese una medida impuesta por la empresa¹⁴⁵⁷; 3. Una mejor evaluación de los posibles riesgos derivados de las actividades diarias.

2. Componentes de los modelos de *compliance* en entidades deportivas profesionales

Partiendo de lo ya indicado, el programa de *compliance* en entidades deportivas profesionales debe tener como objetivo prevenir y detectar la corrupción en la entidad que lo implemente¹⁴⁵⁸. Sin embargo, el objetivo principal de un programa es un verdadero cambio en la cultura ética de la entidad y de las personas que la componen, así como lograr que la empresa sea un *good corporate citizenship*¹⁴⁵⁹. Para lograr lo anterior se requiere tiempo, esfuerzo y un verdadero compromiso¹⁴⁶⁰. Respecto al alcance concreto del programa de *compliance*, variará de acuerdo con cada entidad, a cuánto quiera invertir, cuánto esté dispuesta de asumir, pero también los contenidos mínimos que el sector mismo le exija¹⁴⁶¹, situación que requiere recomendaciones o buenas prácticas sectoriales.

1456 PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. p. 21.

1457 Sobre la necesidad de incluir a los representantes de los trabajadores: GOÑI SEIN, José Luis. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programas): Aspectos Laborales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifofer SL e IB de F. 2014. pp. 380 y 381.

1458 World Compliance Association, “The Compliance and football a necessary alliance”. De 27 de febrero de 2018. Se puede consultar en: [http://www.worldcomplianceassociation.com/1416/articulo-el-compliance-y-el-futbol-una-alianza-necesaria.html#.WpVQ7ZB2mMt.whatsapp#googtrans\(es|en\)#googtrans\(es|en\)](http://www.worldcomplianceassociation.com/1416/articulo-el-compliance-y-el-futbol-una-alianza-necesaria.html#.WpVQ7ZB2mMt.whatsapp#googtrans(es|en)#googtrans(es|en))

1459 LAUFER, William S. “Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance”. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1393.

1460 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 16.

1461 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 123; y BALLESTEROS, E/GIL, R/OLLERO, J.I/PRIETO, B.J. “El cumplimiento normativo en el sector farmacéutico español”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel. (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 296.

Ahora bien, como no existen unas adecuadas prácticas sectoriales, la entidad deportiva tiene un importante reto, por lo que debe partir de una serie de supuestos: 1. En primer lugar que es un ámbito bastante distinto, con un funcionamiento particular, con características específicas que no se encuentran en ningún otro ámbito, que derivan en riesgos inherentes únicos 2. En segundo lugar, conviene recordar que las entidades deportivas deben cumplir las obligaciones sectoriales específicas que obedecen a una rama del derecho poco tradicional, como lo es el derecho deportivo, como por ejemplo mandatos de federaciones, ligas profesionales, organismos y federaciones internacionales (COI, la FIFA, la UEFA, FIA, entre otras.), aspectos que en muchos casos deben incluirse dentro del programa de *compliance*; 3. Debido a que el mercado deportivo es un mercado global y a que legislaciones como la FCPA o la *UK Bribery Act*, tienen un alto componente de extraterritorialidad¹⁴⁶², debe pensarse en adoptar un programa de *compliance* global.

Por otra parte, respecto a los componentes del programa de *compliance* debe tomarse en consideración las buenas prácticas internacionales, las ISO, y la normativa de los Estados. Transparencia Internacional España, ha enumerado los elementos con los que debe contar un programa de *compliance*: 1. Existencia de una declaración pública de la alta dirección con la cultura empresarial de cumplimiento; 2. Durante la fase de identificación de riesgos se entrevistó a terceros de la empresa (proveedores, distribuidores, entre otros); 3 la empresa ha aplicado controles de acuerdo a la valoración de cada riesgo; 4. Se realiza una evaluación periódica del mapa de riesgos; 5.El código de conducta se aplica por igual en todos los países en donde tiene operaciones la empresa; 6. La empresa cuenta con un órgano de cumplimiento con completa autonomía e independencia funcional y que mantiene comunicación directa e inmediata con el consejo de administración; 7. La empresa cuenta con protocolos sobre cómo proceder en conflictos de interés, se han implementado protocolos contra los principales riesgos de la empresa (entre los protocolos destacan: control financiero, regalos y hospitalidad, donaciones y patrocinio, entre otros); 8. La empresa cuenta con un programa de formación en materia de *compliance* y que además se actualiza constantemente; 9. La empresa cuenta con un canal de denuncias y el mismo garantiza la confidencialidad de los denunciantes y que se funcionamiento está regulado mediante un reglamento, en el contrato de trabajo de los trabajadores se incluye una cláusula sobre la obligación

1462 NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 169.

de denunciar actos contrarios al código de conducta, se realizan encuestas periódicas entre los empleados sobre el funcionamiento del canal de denuncias, la empresa comparte datos estadísticos sobre las denuncias que recibe y resuelve, el canal de denuncias se encuentra abierto para terceros; 10. La empresa cuenta con un protocolo de investigaciones internas, en el protocolo de investigaciones internas se establece el deber de respetar las garantías procesales de los investigados (debido proceso, presunción de inocencia, principio de legalidad, protección de datos, derecho a la intimidad y el honor, entre otras); 11. La política disciplinaria de la entidad es clara y transparente, cuenta con un programa que incentiva el comportamiento ético por parte de los empleados, la empresa pertenece a alguna coalición o grupo de transparencia corporativa; 12. La empresa cuenta con mecanismos adecuados de prevención del blanqueo de capitales y aplica medidas de diligencia debida como *know your customer*; Cuenta con auditoría externa en materia de prevención del blanqueo de capitales; 13. La empresa ha suscrito el código de buenas prácticas tributarias de la Agencia Española de Administración Tributaria; y 14. La empresa realiza una revisión del programa de *compliance* al menos una vez al año¹⁴⁶³.

NIETO MARTIN ha identificado una serie de principios y pilares que sirven como base para el desarrollo del modelo. Concretamente los siete principios son^{1464 1465}:

1463 *Transparency International* España. “Guía Práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo, y prevención de la corrupción”. 2017. pp. 52-100. Se puede consultar en: <http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/07/guia-autodiagnostico.pdf>.

1464 Explicados detalladamente en NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. pp. 249-259. Sobre lo mismo y citado por el mismo Dr. Nieto: GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Compliance y Derechos de los Trabajadores”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/PUIG, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. pp. 425-427. GÓMEZ MARTÍN es quien enumera y establece los siete principios que habían sido explicados por el Dr. Nieto en su obra pero que no habían sido enumerados. Nuevamente en: GÓMEZ, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”, en CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pon. 2012. pp. 343-344.

1465 Adicionalmente el autor COCA VILA incluye siete pilares que la entidad debe desarrollar: 1. *Cultura de cumplimiento*: que debe estar interiorizada por todos los empleados y directivos de la empresa. 2. *Objetivos empresariales*: las metas que quiere lograr la empresa con la implementación del programa de *compliance*. 3. *Evaluación de riesgos*: debe realizarse un proceso mediante el cual los riesgos de la empresa puedan ser identificados, evaluados, valorados. 4. *Adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos*: una vez hecho la evaluación de riesgos se procederá a implementar las medidas para contener los riesgos y disminuirlos al mínimo. 5. *Delimitación de los ámbitos de competencia*: de cada empleado y directivo dentro de la empresa, conocer al responsable de tomar las decisiones en cada ámbito o actividad de la empresa, esto con el objetivo de que si se vislumbra un problema poder identificar rápidamente al posible culpable. 6. *Sistemas internos de comunicación*: un adecuado sistema de información y de comunicación de las decisiones dentro de los empleados de la empresa supone una trazabilidad en la toma de decisiones, además debe preverse la posibilidad de realizar consultas directas al órgano de cumplimiento de la empresa. 7. *Sistemas de supervisión y sanción*: la implementación de sistemas de denuncia o *whistleblowing* en la empresa, así como el desarrollo del sistema de investigación interna y el sistema disciplinario sancionatorio para conductas contrarias al código de conducta de la empresa. Sobre esto: COCA VILA, Ivo. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 56-60; y KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. pp. 156-176.

- **Separación de poderes:** es la base del control en la entidad mediante la obligatoria participación de distintos departamentos de esta en una misma operación, por lo que cada actuación de un departamento será auditada por otro.
- **Documentación y verificabilidad:** basado en que todo acto realizado por los empleados debe estar documentado, incluidas las transmisiones de órdenes y la información, además todo lo que quede documentado debe ser conservado para su eventual verificabilidad. Incluido el programa de *compliance* que debe expresarse mediante un documento escrito¹⁴⁶⁶.
- **Congruencia y coherencia en las operaciones:** este principio tiene como objetivo evitar operaciones sin beneficio o con beneficios excesivos, evitando así posibles pagos o cobros por corrupción, tanto hacia la empresa como hacía fuera de la empresa.
- **Transparencia en la gestión empresarial:** este principio se cumple con la ayuda de un adecuado sistema de información dentro de la empresa, en donde la comunicación de las decisiones se informe continuamente a todos los empleados.
- **Independencia del órgano de control:** los órganos encomendados con las tareas de control (órgano de cumplimiento, auditoría, entre otros.) deben tener garantizada su independencia para poder cumplir fielmente con su labor.
- **Cumplimiento o explicación:** cumplir con las políticas de buen gobierno corporativo establecidas por la empresa, o en caso de no cumplirlas explicar las razones que llevaron al incumplimiento de estas.
- **Confidencialidad de las personas denunciantes:** el último principio se establece respecto a los canales de denuncia y específicamente a preservar la confidencialidad de la persona denunciante.

2.1 ¿Quién debe elaborar el programa de *compliance* de la empresa o club deportivo?

¹⁴⁶⁶ HERNÁNDEZ COBO, Paula. “Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de Prevención, detección y reacción”. en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 566.

Algunos autores como SIEBER, entienden que los programas de compliance conllevan una relación entre distintas áreas como: Derecho penal, criminología, sociología y economía¹⁴⁶⁷; lo anterior conlleva en la práctica, que la elaboración de un programa de *compliance* penal debe recaer en un equipo interdisciplinario. Sin lugar a dudas el equipo debe estar dirigido por un abogado especializado en *compliance* y Derecho penal, ya que se trata de identificar riesgos penales¹⁴⁶⁸, algo con lo que las grandes auditoras y despachos dedicados tradicionalmente al derecho comercial no están familiarizados¹⁴⁶⁹. Incluso SILVA SÁNCHEZ considera que para poder realizar un programa de compliance se debe contar con formación en criminología¹⁴⁷⁰. Además, algunos autores sugieren que el director del equipo debe ser un profesional externo a la entidad, ya que los abogados *in house* no suelen apreciar el *compliance* como una “medicina preventiva” y no suelen contar con conocimientos de Derecho penal ni anticorrupción¹⁴⁷¹. Por otra parte, en el ámbito concreto de entidades deportivas profesionales debe contarse con alguien especializado en derecho deportivo y que conozca el ámbito deportivo en general, el cual puede ser algún funcionario del club o entidad deportiva, presidente, administrador o en entidades más grandes el director del departamento legal.

En grandes empresas, con gran cantidad de información (*big data*) será necesario incorporar informáticos que puedan analizar toda la información de la empresa, como informes, decisiones en general, actas de reuniones, protocolos, presupuestos, informes de auditoría, correos entre otros¹⁴⁷², que será indispensable para entender la estructura empresarial y así poder realizar el análisis de riesgos empresarial. Lo ideal será que esos documentos se encuentren digitalizados, sino lo están se puede aprovechar la ocasión para digitalizarlos y contar con un adecuado respaldo informático de los mismos.

1467 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de empresa”, ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. Citado también por: BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. p. 172.

1468 GONZÁLEZ FRANCO, J.A./SCHEMMEL, A./LUMENBERG, A.D. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 160; y AGUILERA, R/PALMA, J.M. *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Thomson Reuters. 2017. p. 51.

1469 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas”. *Rev. Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. ISSN 1695-0194- 2020. España. p. 7.

1470 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 375.

1471 LAUFER, William S. “Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance”. *Vanderbilt Law Review*. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. p. 1407.

1472 CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2015. p. 200.

Para SILVA SÁNCHEZ el *compliance officer* debe ser nombrado previo a la elaboración de todo el modelo de *compliance*, ya que debe colaborar con el asesor externo en la elaboración del mapa de riesgos y en el diseño de los medios de control para mitigar los riesgos¹⁴⁷³. Esto por dos razones, en primer lugar, porque es quien da la visión interna de la empresa y en segundo lugar porque a futuro será el encargado de revisar el mapa de riesgos y deberá implementar en el día a día el programa. Si bien el *compliance officer* puede encargarse de poner el programa en marcha y ejecutar la mayoría de las tareas habituales en *compliance*, algunos autores recomiendan que cada vez que la empresa o entidad deportiva quiera realizar un cambio importante en materia de *compliance* como cambio de políticas o cambio en la administración de la entidad, se consulte con expertos externos en *compliance*¹⁴⁷⁴.

2.2 Alcance del programa de *compliance*

Una vez definido el grupo de trabajo encargado de diseñar y desarrollar el programa de cumplimiento, es necesario que la entidad deportiva establezca el alcance que va a abarcar el nuevo programa de *compliance*. Para eso debe indicarse que materias van a ser incluidas dentro del programa, y en caso de que sea aplicable, cuáles empresas que forman parte del grupo empresarial van a estar incluidas¹⁴⁷⁵. En general podrán incluirse aspectos como: riesgos inherentes al ámbito en concreto¹⁴⁷⁶, permisos y licencias, regulaciones sobre competencia, regulación del mercado de capitales, normativa medioambiental, normativa sobre exportaciones, importaciones y aduana, protección de datos, normativa laboral, Derechos Humanos, ciencia y tecnología, seguridad industrial, responsabilidad por el producto y sobre propiedad intelectual e industrial¹⁴⁷⁷, y regulaciones deportivas, antidopaje, anti-amaño y *fair play* financiero para el ámbito deportivo, mega eventos deportivos, desarrollos de proyectos especialmente aquellos relacionados con construcción de estadios deportivos.

1473 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 374.

1474 BYERS, T/THURSTON, A. "Trust and control in sport organizations", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 435.

1475 GÓMEZ GÓMEZ, Javier. "Definición del ámbito, materias incluidas y alcance del Compliance Programa", en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 525.

1476 BLUMBERG, AD/GARCÍA, B. "Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 279; y Ministry of Justice of the United Kingdom. "The UK Bribery Act. Quick Start Guide". 2011. p. 5.

1477 CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 54.

Otro aspecto importante es el país o países que serán incluidos en el programa; como se indicó previamente lo ideal sería un programa de alcance global. Sin embargo, es importante indicar que hay ordenamientos en los que será imposible analizar todos los tipos penales aplicables a la persona jurídica¹⁴⁷⁸. En virtud de lo anterior, para un programa de *compliance* que abarque distintos países con distintas tradiciones legales, lo más adecuado es utilizar un programa por categorías de delitos, categorías como por ejemplo soborno, fraude, obstrucción de la justicia, perjurio, conspiración, fraude de valores, blanqueo de capitales, y alteración de la competencia, delitos deportivos (*public corruption, mail and wire fraud, obstruction of justice, perjury, conspiracy, securities fraud, money laundering y competition manipulation, sport crimes*), que engloban los conocido como *white collar crimes*. Mientras que, si el programa limita su alcance a países concretos, como España en donde existe un catálogo de *numerus clausus* de delitos que pueden generar responsabilidad penal a la persona jurídica, es más fácil realizar el análisis correspondiente ya que el mismo partirá de tipos penales específicos seleccionados por el legislador¹⁴⁷⁹. Se recomienda examinar la mayor cantidad de conductas delictivas, al menos de forma general, siendo lo más adecuado que se especifiquen aquellas más graves y propensas a ser cometidas, o hacer un apartado específico por país en donde exista un listado taxativo de delitos que se deben prevenir.

Debe tenerse en cuenta que establecer un adecuado programa de *compliance* a la medida conlleva un importante coste económico; en algunos países como en EEUU, las autoridades incluso valoran la inversión económica total de la empresa imputada en materia de *compliance*, previo a negociar un NPA o un DPA¹⁴⁸⁰. Esto ha tenido como consecuencia que los programas de *compliance* se hayan convertido en un importante negocio en Estados Unidos, llevando a las empresas a gastar sumas millonarias en ese rubro.

1478 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 12. Se calcula que en Estados Unidos de América existen cerca de 4500 delitos federales, y que cada década se aprueban cerca de 500 delitos, además existen más de 300,000 normas federales que su incumplimiento desencadena en la comisión de distintos delitos penales.

1479 Sin embargo, resulta importante advertir que en el caso de entidades deportivas debe incluirse posibles delitos sexuales, que, si bien no son susceptibles de generar responsabilidad penal de la persona jurídica, sí que pueden tener consecuencias reputacionales graves para el club o entidad deportiva, especialmente en aquellos casos en que se trabaje con menores de edad o niños; además de las secuelas psicológicas para las víctimas.

1480 Sobre esto: GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Programas de cumplimiento y política criminal”, en BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho penal*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. p. 105.

2.3 Risk Management

Antes de poder implementar cualquier tipo de política la empresa, deben conocerse, identificarse y valorarse los riesgos a los que se enfrentan en su actividad diaria y así poder controlarlos, esto se logra mediante la realización del *risk management* del llamado mapa de riesgos, que es la base para construir el programa de *compliance*¹⁴⁸¹ y, por lo tanto, una de sus etapas más importantes¹⁴⁸². El *risk management* ha sido definido como *el proceso de identificar, valorar, mitigar, gestionar y controlar los riesgos en la empresa*; en el caso del *compliance* se habla de riesgos éticos y de cumplimiento empresarial¹⁴⁸³, pero también puede incluir riesgos organizacionales, comerciales, financieros, legales en general, penales y reputacionales¹⁴⁸⁴.

El riesgo ha sido definido: *como todo aquello que tenga capacidad de causar daño*¹⁴⁸⁵, como pueden ser: deficiencias y defectos estructurales de la empresa, poca vigilancia, mala segregación de las funciones, falta de políticas o incumplimiento de las existentes, entre otros¹⁴⁸⁶. Otra definición aceptada sobre el riesgo establece que: el riesgo es un elemento de incertidumbre e inestabilidad que pone en peligro la actividad empresarial. En el contexto de *compliance* el riesgo es la incertidumbre de producir efectos jurídicos, jurídico penales o afectar la reputación de la empresa¹⁴⁸⁷. Ambas definiciones son válidas, pero más importante que encontrar una definición, es comprender que, debido a la vigencia de la actual sociedad del riesgo, el análisis de riesgos ha tomado especial sentido dentro del contexto de la empresa y de cara a prevenir las posibles consecuencias legales que puedan derivarse de dichos riesgos (sanciones administrativas, sanciones penales, responsabilidad civil, riesgos reputacionales, entre otros)¹⁴⁸⁸. Es aquí donde se

1481 MUÑOZ DE MORALES, M/NIETO, A. "Compliance programs and criminal law responses: a comparative analysis". En CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 349. MUÑOZ DE MORALES y NIETO afirman que: "everything starts from the risk assessment".

1482 BALCARCE, F/BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 163.

1483 CASSIDY, M.M/WALSH, A. "Risky business: identifying and mitigating legal risks", en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 31; WATKINS, T/LEGGATT, E/WALKER, D. "Risk management", en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. p. 567. También ha sido llamado como mapeo de riesgos.

1484 VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022. p. 9. 1485 WOOTTON, G/MILLS, P. "Risky business", en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 202.

1486 HIGHMORE, Mel. "Safety risk in stadia and sports grounds", en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 176.

1487 Sobre la definición de riesgo: LÓPEZ RODRÍGUEZ, Óscar. "Gestión del riesgo de compliance y su control", en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 235.

1488 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 16.

hace necesario un adecuado análisis de los riesgos empresariales, la mitigación de esos, la identificación del riesgo inherente por actividad y el análisis del riesgo permitido que la empresa está dispuesta a tolerar, siendo esta labor el escalón inicial y más importante en el programa de *compliance* de la entidad¹⁴⁸⁹.

Para algunos autores realizar un *risk management* en la empresa puede tener otros importantes resultados como: 1. Asegura que una entidad está siendo dirigida forma correcta y eficiente, 2. Permite comprender las obligaciones legales a las que está sujeta la entidad (penales, laborales, administrativas, sectoriales, deportivas entre otras), 3. Permite a la empresa conocer cuáles son sus focos de riesgo y controlarlos, 4. Permite una mejor defensa ante reclamaciones legales, 5. Disminución del costo de las pólizas de seguros de la entidad, 6. Buena reputación, 7. Mejor respuesta ante momentos de crisis¹⁴⁹⁰.

Concretamente, el proceso de *risk management* ha sido dividido en varias etapas, las cuales son: *apreciación del riesgo, identificación del riesgo, análisis del riesgo, valoración del riesgo, gestión del riesgo, identificación de los controles de mitigación del riesgo, cálculo del riesgo residual y elaboración del plan de acción*¹⁴⁹¹. Estas etapas deben desarrollarse mediante un plan de trabajo previamente elaborado y aprobado por la entidad. A continuación, se procederá a analizar cada uno de esos componentes.

2.3.1 Elaboración del mapa de riesgos o *risk assessments*

*El mapa de riesgos es el documento que identifica los riesgos legales que potencialmente la empresa puede enfrentar*¹⁴⁹². Su importancia en el programa de *compliance* es incuestionable, siendo que ARÁNGUEZ SÁNCHEZ a descrito al mapa de riesgos como *el núcleo del sistema de compliance*¹⁴⁹³. El mapa de riesgos, *risk map* o *risk assessments* consiste en evaluar los riesgos

1489 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021. p. 142.

1490 Sobre esto: WATKINS, T/LEGGATT, E/WALKER, D. “Risk management”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. pp. 568-569.

1491 United Nations Global Compact. “Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies”. 2014. pp. 19-21.

1492 VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022. p. 10.

1493 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas”. REDPCP. ISSN 1695-0194. 2020. p. 9. Ese autor llama de forma acertada al mapa de riesgos como “el núcleo del sistema de compliance”.

penales, tomando en consideración el ámbito específico de la entidad y las características que circunscriben a dicho ámbito; es decir que no van a ser los mismos riesgos los que se plantean en una empresa del sector financiero a los que se plantean en una entidad deportiva, ya que los riesgos inherentes a la actividad van a variar, al igual que sucede en cada sector de actividad empresarial¹⁴⁹⁴. Sin embargo, los riesgos variarán de organización en organización, por lo que dos empresas del ámbito deportivo podrán no tener los mismos riesgos inherentes, lo anterior en virtud aspectos como: la complejidad, la organización interna, los procesos, las políticas, la toma de decisiones, los controles internos, el entorno, los empleados, impactos en derechos fundamentales¹⁴⁹⁵. Concretamente el mapa de riesgos es un documento que describirá los riesgos de la empresa, sus consecuencias en caso de que se lleguen a dar, así como la probabilidad o posibilidad de concurrencia¹⁴⁹⁶. Para lograr esto, se introducirán los riesgos identificados en la empresa o entidad, se analizarán las causas y sus efectos para así poder determinar de forma objetiva el impacto¹⁴⁹⁷.

La elaboración del mapa de riesgos debe analizarse y conocerse los factores que afectan a la empresa, entre los que destacan: su historia, ámbito de negocio en el que realiza su actividad, sus actividades comerciales y funcionamiento en el día a día, en qué países realiza actividades, cuántas de sus actividades conllevan interacciones con funcionarios públicos, existencia y seguimiento de un plan financiero, cuántas inspecciones de agencias estatales reciben por año, cuántas licencias o permisos deben renovarse cada año, clientes de la entidad, *business partners*, uso de consultores o agentes, capacitación de empleados, claridad de las políticas empresariales respecto a casos relacionados con corrupción, situaciones de conflicto de intereses, litigios existentes y pasados, controles de debida diligencia, existencia de un verdadero compromiso de la alta dirección con la

1494 ARTAZA VARELA, Osvaldo. “Programas de Cumplimiento. Breve Descripción de las Reglas Técnicas y su Utilidad Jurídico-Penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 240; y ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 264.

1495 Sobre esto: GONZÁLEZ, José L. “Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción”, en FERNÁNDEZ, A/MATALLÍN, Á. (Dirs.). *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. pp. 56-57.

1496 AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2022. p. 538.

1497 BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 99.

cultura anticorrupción, controles de vigilancia sobre los empleados, controles financieros y política de retribución¹⁴⁹⁸.

Mediante los resultados alcanzados durante la fase de obtención de información de la empresa podrá determinarse los riesgos de empresa y dársele valor a los mismos, mediante gráficos y matrices de riesgo, lo anterior se documenta por medio del mapa del mapa de riesgos. Concretamente el mapa de riesgos estará formado por cuatro grandes secciones: 1. Un análisis de la estructura empresarial que permita identificar sus riesgos, 2. Una revisión de las políticas actuales en materia de *compliance* (control del riesgo), 3. Un análisis del riesgo identificado y de los controles existentes para dar con el riesgo residual o riesgo real de la entidad, 4. Recomendaciones encaminadas a controlar los riesgos¹⁴⁹⁹. Es decir, el mapa de riesgos tiene efectos directos en el programa de *compliance*, especialmente porque los principales riesgos observados en la empresa serán los que deberán de controlarse primero¹⁵⁰⁰.

2.3.2 Conocimiento de la estructura de la entidad

Uno de los primeros pasos en la elaboración de un programa de *compliance* es conocer la estructura empresarial, eso conlleva comprender: los departamentos que existen, la documentación societaria de la empresa, estatutos sociales, libro de registro de socios, libro de actas, informes de auditoría, escrituras públicas, quienes cuenta con poderes o apoderamiento para actuar en nombre de la empresa, el personal que compone cada departamento, las relaciones entre departamentos, la distribución de competencias, las funciones encomendadas a cada empleado, la forma de tomar las decisiones, los canales de comunicación de las decisiones, los conflictos o litigios tanto a lo interno como a lo externo de la empresa, contratos de préstamos o arrendamientos, formas de financiación de la empresa, medios de pago utilizados, transferencias internacionales, plan de prevención de riesgos laborales, documentos de la Seguridad Social y la Agencia Tributaria, comprobantes de

1498 KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 316; PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 132; GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program an anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 129.

1499 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 115.

1500 GROVES, T/TRACEY, J. "Effective anti-corruption programmes", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 347.

pagos de impuesto de sociedades, patentes, marcas registradas, personas con acceso al *know how*, procesos judiciales de la empresa, escándalos públicos, problemas con la administración pública y en general todo documento que permita conocer mejor el “día a día” de la empresa, la estructura y la organización tanto de organigrama como la operativa¹⁵⁰¹. Por otra parte, deben tomarse en cuenta otros aspectos como el tamaño de la empresa, el tipo de negocios que desarrolla y los países en donde opera la empresa son todos factores que afectaran la forma en que se debe desarrollar el programa de *compliance*¹⁵⁰².

Para lograr dibujar este contexto es necesario una participación y colaboración activa de la entidad, ya que la empresa o entidad debe entregar un mapa organizativo-jerárquico y funcional, en donde se establezca con total claridad cómo y por quiénes se encuentra conformada la empresa, quiénes son los encargados de tomar las decisiones y cómo se comunican las mismas. Asimismo, debe revisarse el organigrama de la empresa, la página web, la información pública (noticias, anuncios, bases de datos públicas.), los datos mercantiles, entre otros¹⁵⁰³. La información que la empresa suministre será la primera fuente de información; entre esa es importante contar con el organigrama de la empresa en el que se identifique claramente los flujos de toma y comunicación de las decisiones, las responsabilidades y obligaciones de cada departamento, los procedimientos de actuación existentes y el historial sancionador de la empresa. Algunos autores consideran que la forma en que está redactado el organigrama empresarial demuestra si la empresa es transparente o si, por el contrario, existe la intención de la empresa por dificultar una trazabilidad de las decisiones¹⁵⁰⁴. Para esto es necesario identificar elementos, en primer lugar, la estructura organizativa de la empresa que permite identificar quien realiza los actos y por ende quién es el

1501 DE LA MATA BARRANCO, Norberto. “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 93; y ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 37.

1502 AYALA DE LA TORRE, José María. *Compliance*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2016. p. 25; GAY TERÁN, Macarena. “El conocimiento del funcionamiento de la empresa para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. pp. 346 a 368; Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). “Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. De 4 de abril de 2013. pp. 3 y 5; LÓPEZ RODRÍGUEZ, Óscar. “Gestión del riesgo de compliance y su control”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. pp. 242; y BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚNIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 108.

1503 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 211.

1504 Ibidem. p. 214.

eventual responsable de los delitos, y en segundo lugar la estructura jerárquica de la empresa lo que permite identificar quien toma las decisiones en la empresa y eventual responsable por tener conocimiento, consentir, no impedir o ignorar de forma deliberada el hecho delictivo y quién las ejecuta¹⁵⁰⁵.

Adicionalmente, resulta de utilidad realizar una búsqueda en internet sobre la empresa, analizar la página web y por supuesto visitar las instalaciones físicas de la empresa. Por otra parte, es importante que la entidad presente un listado con las oficinas, locales, edificios, estadios, campos de entrenamiento, ciudades deportivas, tiendas, bodegas y todo bien inmueble en donde la entidad realice su actividad normal, deudas y otros. Además de una lista de las operaciones relevantes (especialmente aquellas pagadas en el extranjero)¹⁵⁰⁶, como lo puede ser los fichajes de jugadores en entidades deportivas.

El segundo paso, será realizar un *test* a empleados y entrevistas a los empleados que se consideren necesarios, por lo general se entrevista a los directores de cada departamento de la empresa¹⁵⁰⁷. Entre las respuestas que permite obtener este tipo de entrevistas y *test*, es sí existe un efectivo cumplimiento de los procedimientos de actuación en la práctica, conocer si se cumplen con el organigrama y con los flujos de toma y comunicación de las decisiones y en general los procesos existentes. Toda esa información permite al equipo a cargo de implementar el programa de *compliance*, comprender cómo funciona la empresa en el día a día.

En caso de que existan, la entidad debe proporcionar al equipo encargado de realizar el mapa de riesgos: el código de conducta vigente y demás normativa relacionada con el *compliance*, como políticas, procedimientos internos, códigos, especialmente aquellos relacionados con controles financieros, copias de procedimientos de auditoría, copias de denuncias recibidas mediante el *whistleblowing* (si se cuenta con uno), tipos de clientes o socios comerciales, tipos de productos ofrecidos u operaciones realizadas, medios de pago, entre otros¹⁵⁰⁸.

1505 PASCUAL CADENA, Antonio. *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer. 2016. p. 31.

1506 Ibidem. p. 122.

1507 ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 38.

1508 Ibidem; GARCÍA, C/MALLADA, C/LÓPEZ, F. *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales*. Ed. Lex Nova. 2015. p. 279.

La empresa debe identificar adecuadamente los procesos dentro de la entidad, en el caso de los clubes o entidades deportivas los procesos con mayor riesgo serán: contratación de jugadores, contratos de patrocinios, contratos para construcción de obras (nuevos estadios), concurso para organización de eventos deportivos, pago de transacciones de jugadores a otros clubes, incorporación de nuevos socios, aportes económicos por socios (conocimiento de origen de los fondos), y declaraciones de impuestos ante la hacienda pública.

Además, debe analizarse la información referente a: informes de auditoría interna sobre riesgos de cumplimiento, incidentes pasados de incumplimiento y riesgos comunes de corrupción, fuentes externas, como investigación sobre casos o alegatos de corrupción en la industria y perfiles de países, Entendiendo las áreas específicas de interacción potencial directa o indirecta con empleados gubernamentales, entrevistas con personas que cumplen funciones jurídicas, gestión de riesgos, ética y cumplimiento, auditoría interna y adquisiciones, así como la alta gerencia de la empresa/de las divisiones a nivel de país, región o localidad, encuestas, incluyendo autoevaluación de empleados y partes externas, talleres o sesiones de lluvia de ideas para explorar riesgos de corrupción¹⁵⁰⁹.

Asimismo, debe conocer el ámbito específico en el que trabaja la empresa, en el caso del deporte profesional es necesario conocer las características especiales que generan riesgos inherentes: dinero, poder, relación público-privado, organización de mega eventos deportivos, dopaje, violencia, pasión, transferencia de jugadores, contratación con patrocinadores, entre otras (elementos que fueron abordados a lo largo del capítulo tres de este trabajo)¹⁵¹⁰.

Por último, debe apreciarse que existen riesgos penales relacionados directamente con la estructura de organización de la empresa, respecto a quién o quiénes toman verdaderamente las decisiones de la empresa, si existe una adecuada delegación de las funciones y cómo son nombrados los

1509 OCDE – UNODC – Banco Mundial. “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas”. 2013. Se puede consultar en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>. p. 12.

1510 WATKINS, T/LEGGATT, E/WALKER, D. “Risk management”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. pp. 569-571. Estos autores destacan los riesgos derivados de los espectadores, cumplimientos sectoriales específicos, riesgos potenciales, derivados de deportes específicos, aspectos financieros, contratos comerciales, entre otros.

miembros más altos de la organización¹⁵¹¹. En el ámbito deportivo esto tiene una enorme trascendencia ya que los clubes deportivos mayoritariamente están presididos por figuras con un gran poder dentro del club; también son nombrados mediante procesos de elecciones al igual que los miembros más altos en las federaciones deportivas especialmente las internacionales, en algunos casos por periodos de tiempo determinados lo que se puede asemejar con funcionarios públicos nombrados por espacios de tiempo definidos. Todos estos aspectos estructurales de las organizaciones deben tomarse en cuenta a la hora de realizar el mapa de riesgos.

Algunos autores consideran que las entrevistas son la fuente principal y más real de información y datos en la elaboración de un mapa de riesgos¹⁵¹², siendo que se puede obtener información sobre la realidad operativa de la empresa, más allá de lo dispuesto en las políticas empresariales. Se recomienda de cara a realizar una entrevista, no improvisar su realización y más bien preparar una serie de preguntas previo a la entrevista; sin embargo, tampoco es recomendable realizar la entrevista como si fuera un interrogatorio, debe procurarse mantener una conversación agradable, en donde la persona entrevistada se sienta cómoda y en confianza¹⁵¹³. Adicionalmente, producto de las respuestas que se obtengan se puede ir elaborando nuevas preguntas que permitan obtener más datos. Se recomienda contar con dos personas durante las entrevistas, una que haga la entrevista y otra que tome notas¹⁵¹⁴.

Se sugiere realizar entrevistas con empleados de distintos departamentos para verificar que la operatividad de la empresa en la práctica se asemeja a lo establecido en el mapa organizativo de la entidad¹⁵¹⁵. En algunos casos se establece un mapa jerárquico con diagramas sobre los supuestos procesos que se realizan para que una decisión sea tomada dentro de la empresa; sin embargo, a la hora de realizar las entrevistas se puede llegar a concluir, que las decisiones no son tomadas siguiendo un proceso ya que son tomadas únicamente por un administrador o directivo de la empresa. Por lo tanto, el objetivo de las entrevistas es determinar qué hace cada departamento y

1511 GALLEGU SOLER, José-Ignacio. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 206.

1512 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 120.

1513 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 216.

1514 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 120.

1515 Ibidem. pp. 117, 214

cómo lo hace en la realidad, identificando los pasos en la toma de decisiones y la ejecución de estas, así como el cumplimiento o no de los procedimientos y políticas existentes.

Algunas personas entrevistadas se pueden mostrar colaboradoras y amables con la entrevista, mientras que otras se pueden mostrar más resistentes e incluso descorteses con el entrevistador. Por lo que la persona que realiza la entrevista debe ser alguien con la capacidad de enfrentar y adaptarse a las distintas situaciones que puedan surgir durante las entrevistas. En algunos casos los instrumentos de recopilación de datos pueden poner en evidencia comportamiento contrarios a la ética o incluso delictivos por parte de los colaboradores de la empresa y la propia empresa, lo que debe abordarse con cuidado por parte del entrevistador e identificar esas situaciones en las recomendaciones del mapa de riesgos.

Por otra parte, es importante conocer la situación económica de la empresa y el historial sancionatorio y litigioso de la misma. Para esto deben analizarse documentos financieros (libros contables) y de otra índole, así como transacciones que se sabe de antemano que pueden ser riesgosas (contratación de jugadores y de patrocinadores, por ejemplo)¹⁵¹⁶. Debe analizarse la solicitud de informes a los departamentos de auditoría, legal o financiero, los informes en sí, y si estos fueron valorados a la hora de tomar decisiones.

Respecto al análisis sancionatorio de la entidad es importante estudiar los procesos administrativos, civiles, laborales y especialmente penales y sancionatorios que haya tenido o tenga en curso la empresa¹⁵¹⁷, además de los procesos judiciales que tengan o hayan tenido los directivos o personas en puestos con poder de toma de decisiones (ya sea debido a su cargo en la empresa, previo a ingresar a la empresa o en actividades ajenas a la empresa)¹⁵¹⁸. Por último, debe analizarse las sanciones impuestas a la entidad y a los directivos y si se han dado cambios de procesos u otros desde la sentencia. Conocer estos aspectos permitirá tener una comprensión objetiva sobre el cumplimiento que existe en la empresa, además de conocer si existen faltas reincidentes.

1516 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. pp. 117-118.

1517 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. 2008. p. 229.

1518 Es importante que el departamento de recursos humanos previo a contratar a algún empleado conozca los procesos judiciales que ha enfrentado, especialmente para altos directivos. La solicitud de esa información dependerá de la legislación específica en materia de protección de datos de cada país. Resulta importante la verificación de los atestados académicos y experiencia profesional que realice la empresa sobre los candidatos para los puestos de trabajo.

También es importante realizar un análisis de las noticias o escándalos públicos que han afectado a la entidad, para lograr esto es importante hacer una búsqueda en la web de notas de prensa relacionados con la entidad, directivos y colaboradores, además de una revisión en redes sociales para conocer la opinión de los usuarios o consumidores sobre el funcionamiento de la empresa.

2.3.3 Apreciación del riesgo

Una vez recopilada toda la información indicada anteriormente, se debe seguir con el proceso de apreciación del riesgo. La apreciación del riesgo es el proceso mediante el cual se logra la identificación concreta de procesos o actividades que pueden generar un problema legal o reputacional para la empresa, el análisis de dichos riesgos y la evaluación de estos¹⁵¹⁹.

Para apreciar el riesgo es necesario el análisis de la información otorgada por la empresa, el historial, las entrevistas, los *test's*, y toda la información recopilada. Durante esta etapa cobra vital importancia la pericia del encargado de hacer el mapa de riesgos y su capacidad de identificar los riesgos y posibles escenarios comprometedores para la entidad, también en el uso de softwares que ayuden a identificar los riesgos. Sin embargo, no debería confiarse toda la responsabilidad en los sistemas informáticos.

Para facilitar la tarea de apreciación del riesgo la guía para la implementación de la *UK Bribery Act* identificó diez factores a tomar en cuenta, para ello los ha agrupado en dos categorías de riesgos, categoría externa de riesgos y categoría interna de riesgos¹⁵²⁰; los factores externos de riesgo son: 1. riesgo por país, debe tomarse en consideración los niveles de corrupción de los países en dónde se suele hacer negocios y en dónde se ejecuta la actividad principal, en el ámbito deportivo debe tomarse en cuenta las operaciones de compra de jugadores de equipos en países con índices altos de corrupción en los negocios, así como la organización de eventos deportivos en países con baja calificación en transparencia y anticorrupción, 2. Riesgo del sector económico

1519 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 119.

1520 Sobre los factores externo e internos de riesgo en las empresas en general: Ministry of Justice of the United Kingdom. 2011. "The UK Bribery Act. Quick Start Guide". p. 26. Se puede consultar en: <https://www.justice.gov.uk/downloads/legislation/bribery-act-2010-guidance.pdf>. (Consultado por última vez 12/07/23).

específico, por ejemplo, el ámbito deportivo profesional debe ser reconocido como un ámbito de riesgo inherente alto, 3. Riesgo transaccional, operaciones regulares que conllevan riesgos, en el ámbito deportivo debe incluirse la compra de jugadores, los contratos de patrocinio, la organización de eventos, entre otros. 4. Riesgos de oportunidad de negocios, riesgos que suelen desarrollarse en la elaboración de proyectos millonarios con participación de varias empresas, por ejemplo, construcción de recintos deportivos para clubes o la organización-construcción de mega eventos deportivos, 5. Riesgo de asociación comercial, por ejemplo, con patrocinadores privados que están íntimamente relacionados o que sus dueños son agentes públicos.

Mientras que los factores de riesgo interno son: 1. Deficiencias en el conocimiento o capacitación de los empleados, recordando que la profesionalización completa del sector deportivo profesional es un tema pendiente, 2. Cultura de bonos por objetivos, por ejemplo, a los deportistas se les da un bono por ganar torneos, y a colaboradores por lograr contratos 3. Falta de claridad en las políticas de la entidad y en los procedimientos internos para hospitalidad, entretenimiento o contribuciones a fundaciones, son aspectos que suelen estar poco regulados en las entidades deportivas profesionales, 4. Falta de efectivos controles financieros, el ámbito deportivo se caracteriza por carecer de un plan económico a futuro, aunado a esto los presidentes tienen amplios márgenes de actuación y las contrataciones con jugadores o patrocinadores suelen realizarse de forma impulsiva, y 5. Deficiencia de un mensaje de transparencia de la alta dirección, ya muchos presidentes de entidades deportivas profesionales han sido imputados penalmente o investigados por graves delitos económicos¹⁵²¹.

Asimismo, los expertos han destacado cuatro áreas que destacan por su capacidad de aumentar la posibilidad de comisión de delitos¹⁵²²: 1. Realizar operaciones en países donde la corrupción se percibe como alta, estos son países especialmente con situaciones económicas difíciles¹⁵²³, 2. Relacionarse con agentes públicos, especialmente en países en donde dichos oficiales no están sometidos a controles éticos y además ostentan amplios poderes de decisión, 3. Desarrollar la

¹⁵²¹ Ibidem.

¹⁵²² KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. pp. 91 y 96.

¹⁵²³ Ibidem. pp. 97-121. Los autores KOCHAN y GOODYEAR hacen mención a varios países azotados por la corrupción como: Indonesia (la construcción), Iraq (la reconstrucción post guerra), Angola (explotación de petróleo y gas), Bangladesh (el uso de los recursos de la ayuda humanitaria), Bahréin, Kuwait, Omán, Catar, Arabia Saudí y los Emiratos Árabes Unidos (por el uso de intermediarios o agentes para hacer negocios en general) cabe destacar que estos países árabes tienen una importante y creciente relación con el deporte profesional, Nigeria (explotación de recursos).

actividad económica en sectores con alto riesgo¹⁵²⁴, 4. Usar agentes, agencias o empresas subsidiarias o mediante uniones temporales de empresas.

Por otra parte, en los últimos años, ha cobrado mucha importancia la apreciación del riesgo reputacional. Que se define como aquel riesgo generado por una percepción negativa por parte de las distintas partes que integran el mercado (clientes, contra parte, socios comerciales, competencia, accionistas, inversores, entres reguladores e incluso la opinión pública), esta percepción en algunos casos puede ser más grave que el efecto jurídico y puede llegar a afectar la continuidad de los negocios o futuros negocios de la entidad deportiva¹⁵²⁵. Las redes sociales han aumentado la incidencia de los riesgos reputacionales, especialmente en el ámbito deportivo, en donde las estrellas tienen millones de seguidores. Concretamente el proceso de apreciación del riesgo se compone por las siguientes: identificación del riesgo, análisis del riesgo y tratamiento del riesgo, las cuales se analizarán a continuación.

2.3.4 Identificación del riesgo:

Identificar el riesgo es indispensable para poder valorarlo, comprenderlo y disminuirlo¹⁵²⁶. Varias propuestas doctrinales de construcción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas parten de que la empresa tiene la obligación de conocer y gestionar adecuadamente sus riesgos, entre ellos el modelo de responsabilidad originaria de GUNTHER HEINE analizado previamente.

La identificación del riesgo es el proceso que comprende la búsqueda, el reconocimiento y la descripción de los riesgos¹⁵²⁷. Para la identificación de los riesgos es necesario observar las

1524Ibidem. pp. 122-133; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 143-144. Los sectores tradicionalmente más riesgosos para hacer negocios son: industria extractiva (petróleo, gas, minas), la industria militar y aeroespacial, industria médica (farmacéuticas y equipo médico), construcción, comunicaciones y transporte, además a estos se les puede incluir otros sectores como el deporte profesional, recolección de residuos y las llamadas tierras raras (17 elementos químicos) sumamente extraños y que se utilizan especialmente como partes de componentes tecnológicos y de los cuales China tiene el 97% de las reservas y ya ha dicho que las utilizara para mejorar su posición política y económica mundial.

1525 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 202.

1526 DÍEZ DE REVENGA, Ruíz, Alfonso y RAMÍREZ ARBUÉS, Francisco. “Capítulo II: El compliance en las organizaciones. Relación entre Compliance y otras áreas de la empresa. Compliance y Gobierno Corporativo”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 59.

1527 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 119; ESCUDERO, Marta. “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 535; y NIETO MARTÍN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 24.

actividades, productos, servicios y demás aspectos relevantes que puedan genera los peligros en las actividades más normales de la empresa¹⁵²⁸; es decir, es una identificación de los puntos vulnerables, las fuentes de riesgo, los sucesos, las causas y sus consecuencias potenciales dentro de la estructura y operaciones de la empresa o entidad concreta¹⁵²⁹. Para esto es indispensable tener un conocimiento a profundidad de la organización, actividades, procesos, relaciones con terceros y el ámbito concreto de actividad de la entidad¹⁵³⁰, tal y como se indicó anteriormente.

Es importante comprender los elementos que deben apreciarse de cara a la identificación de riesgos:

1. Las causas y fuentes del riesgo es la actividad concreta que puede generar la comisión de un delito, por ejemplo, si se pagan grandes salarios a jugadores esto puede generar un riesgo de comisión de delito fiscal, 2. El suceso es la manifestación concreta del riesgo, por ejemplo, no pagar un determinado impuesto¹⁵³¹, 3. Consecuencias son el resultado del suceso, los mismos pueden ir desde efectos financieros, sanciones administrativas, sanciones penales, sanciones deportivas, rescisión de contratos de patrocinios y daños reputacionales, 4. La probabilidad es la posibilidad de algún suceso se produzca. Para lograr apreciar alguno de los elementos mencionados previamente, es necesario que el encargado de desarrollar el mapa de riesgo valore de forma objetiva¹⁵³²: datos históricos, análisis teóricos y opiniones informadas¹⁵³³. También, puede utilizarse las valoraciones subjetivas como segunda fuente para identificar los riesgos, es decir la apreciación que se tenga sobre la empresa¹⁵³⁴, que pueden surgir especialmente de las entrevistas.

En el ámbito deportivo profesional la identificación de riesgos conlleva adicionalmente el análisis de riesgos relativos a algunos procesos (eventos) que únicamente se dan en ese ámbito y que suelen ser bastante particulares y en algunos casos dinámicos, por ejemplo: organización de grandes

1528 LÓPEZ RODRÍGUEZ, Óscar. “Gestión del riesgo de compliance y su control”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 242.

1529 ROXIN, Imme. “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”. *Rev. Brasileira de Ciencias Criminais*. Vol. 114. Mayo-Junio 2015. 323; BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 119.

1530 BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 102.

1531 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 119.

1532 PASCUAL CADENA, Antonio. *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer. 2016. p. 123.

1533 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 119.

1534 Ibidem. p. 124.

eventos deportivos, como lo son: intervención de elementos naturales, terrorismo, tipo de aficionados, avalanchas de aficionados, invasión del campo y actos criminales en general, por citar algunos¹⁵³⁵. Esto se pondrá en práctica en dos etapas, primero a la hora de diseño de la construcción del recinto deportivo o cuando se modifique para eventos específicos (conciertos u otros deportes), y en segundo lugar cada vez que haya una competencia deportiva en el estadio deberán de analizarse los riesgos específicos para dicho partido¹⁵³⁶, por ejemplo, un partido del Atlético de Madrid contra el Levante por La Liga no conlleva los mismos riesgos que un partido del mismo Atlético de Madrid contra el Spartak de Moscú en fase de semifinales de la Champions después de haber ganado en Moscú 2 a 1, existen factores que incrementaron o disminuirán riesgos en cada evento y por lo tanto deben ser identificados, analizados lo cual conlleva que la identificación del riesgo sea dinámica y finalmente gestionada. Lo anterior representa un reto novedoso desde el punto de vista de *compliance*, pero un reto que debe ser abordado desde el propio programa de *compliance*.

2.3.5 Análisis y evaluación del riesgo:

Una vez identificados los riesgos, es hora de proceder al análisis de estos, ese análisis debe centrarse en entender los riesgos que se identificaron¹⁵³⁷. Concretamente el análisis de riesgos conlleva comprender el riesgo, probabilidad de ocurrencia y su eventual impacto y consecuencias en la empresa, así como las probabilidades de que se llegue a dar¹⁵³⁸, para esto debe tenerse en cuenta nuevamente los controles existentes y la aplicación de estos en la práctica diaria¹⁵³⁹. La importancia del análisis de riesgo es que asegura la racionalidad del programa de cumplimiento¹⁵⁴⁰

1535 HALL, Stacey “Crisis management”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 395.

1536 HIGHMORE, Mel. “Safety risk in stadia and sports grounds”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 175.

1537 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 125.

1538 ESCUDERO, Marta. “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 525.

1539 WOOTTON, G/MILLS, P. “Risky business”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 203; BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 106; y BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. pp. 122-123.

1540 NIETO MARTIN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 24.

Para evaluar al riesgo deben responderse una serie de preguntas: qué área o áreas de la entidad se pueden ver afectadas por el riesgo, los efectos económicos, administrativos sancionatorios, civiles, reputacionales y especialmente penales puede llegar a tener el riesgo en la empresa, el tiempo de reacción que tiene la empresa para disminuir el impacto del riesgo, y cuáles medidas se pueden implementar para disminuir el riesgo y a qué costo¹⁵⁴¹; adicionalmente se debe tomar en cuenta el denominado “apetito del riesgo”, o el nivel de tolerancia al riesgo que tiene una entidad¹⁵⁴².

Para completar el análisis del riesgo se pueden aplicar parámetros cualitativos para definir la probabilidad, las consecuencias y el nivel de riesgo, pero deben explicarse con claridad los términos empleados y las bases para cada criterio implementado. Para esto debe determinarse si existen controles y políticas documentados y si las mismas son puestas en práctica¹⁵⁴³. Para lograr lo anterior resulta adecuado utilizar herramientas de software.

El análisis de riesgo debe expresarse utilizando el listado de delitos que pueden generar responsabilidad penal a la persona jurídica y estableciendo una escala de probabilidad del hecho delictivo y una escala de impacto en caso de comisión, como se analizó previamente, en caso de un programa global, deberán analizarse las categorías de delitos más importantes. Concretamente para cada riesgo debe hacerse un registro, en donde se enuncien varios elementos: riesgo, factores que afectan el nivel de riesgo (por ejemplo: clima comercial local), descripción del riesgo, probabilidad de comisión, posible impacto en caso de comisión, existencia de riesgo inherente, controles existentes para mitigar el riesgo y calificación que reciben los mismos (débil, deficitario, robusto)¹⁵⁴⁴, clasificación del riesgo, clasificación del control, clasificación del riesgo residual y medidas a adoptar para controlar el riesgo residual¹⁵⁴⁵.

1541 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 247; y BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 105.

1542 AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2022. p. 537.

1543 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 222.

1544 Ibidem.

1545 OCDE – UNODC – Banco Mundial. “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas”. 2013. Se puede consultar en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>. p. 14.

Entre los factores a considerar al evaluar la probabilidad de ocurrencia del riesgo encontramos¹⁵⁴⁶:

1. casos anteriores ocurridos a empresas del sector, 2. relevancia del riesgo en el sector al que pertenece la empresa, 3. frecuencia con que se realiza la actividad, por ejemplo, que tanto me tengo que relacionar con funcionarios públicos, 4. causa que genera el riesgo, 5. controles existentes y eficacia práctica de los mismos para mitigar el riesgo. Mientras que los factores a considerar para evaluar el posible impacto destacan¹⁵⁴⁷ 1. Posible pérdida económica, 2. afectación a los estados financieros, 3. daño reputacional que sin lugar a duda será el más difícil de calcular debido a que existe incertidumbre sobre el seguimiento que le dará la prensa a un hecho concreto, 4. sanciones regulatorias, 5. afectación de la actividad empresarial.

Para las empresas es importante reflejar todo en números, por lo que es necesario darles un valor numérico a los riesgos, mediante una asignación objetiva del valor de los riesgos, lo cual se conoce como evaluación de los riesgos. La evaluación no es más que cuantificar el impacto del riesgo en caso de comisión¹⁵⁴⁸, impacto que debe analizarse desde la perspectiva de daño reputacional, económico, administrativo sancionador, civil, pero especialmente jurídico penal. Esta cuantificación del riesgo puede hacerse mediante valores de 1 a 100 según la relevancia, asimismo en el mapa de riesgos y de cara a una mejor comprensión se recomienda incorporarlos a una matriz dividida por colores, en la que se vaya de colores fríos a colores más calientes de acuerdo con los valores dados a cada riesgo¹⁵⁴⁹, lo que se conoce como la matriz de riesgos. La evaluación del riesgo también es importante para determinar si el riesgo debe tratarse, las prioridades de tratamiento y el camino que debe seguir. Para esto es recomendable dividir los riesgos en tres categorías: riesgos intolerables que son los que más rápido se deben atender, riesgos potenciales y riesgo tolerable.

2.3.6 Riesgo inherente

1546 WOOTTON, G/MILLS, P. “Risky business”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 203; GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 226.

1547 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 227.

1548 BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 106.

1549 Ibidem.

Es importante tener en cuenta durante el análisis de riesgos, los llamados riesgos inherentes; el riesgo inherente será aquel en que existe una relación cercana entre el ámbito de actividad y el tipo penal¹⁵⁵⁰, o por antecedentes en la propia experiencia empresarial que así los pongan de relieve. En el análisis del riesgo inherente puede darse un margen de subjetividad respecto a la identificación, así como una “exageración” del riesgo¹⁵⁵¹. El riesgo inherente representa el nivel general de riesgo de cada ámbito sin considerar los controles existentes.

Por ejemplo, sectores como el inmobiliario y bancario tienen un riesgo inherente alto respecto al blanqueo de capitales, mientras que las empresas de construcción tendrán un riesgo inherente alto respecto a la corrupción pública, especialmente agravado si participan en concursos de contratación pública. Mientras que algunos autores anglosajones han identificado dentro del deporte profesional varios riesgos inherentes (tanto penales como éticos) como por ejemplo: corrupción entre particulares (*bribery*), amaño de partidos (*collusion*), conflicto de intereses (*conflic of interest*), administración desleal o sustracción de fondos (*embezzlement*), extorsión (*extortion*), favoritismo por vínculos en la selección y contratación de personal o servicios (*cronysim/nepotism*), fraude y estafa (*fraud*), regalos y hospitalidades (*gifts and hospitality*), *lobbying*, blanqueo de capitales (*money laundering*), puertas giratorias (*revolving doors*), influenciar la toma de decisiones con la promesa de “devolver el favor” (*trading in influence*), revelación ilegal de información confidencial (*illegal disclosure of information*), fraude en votaciones para la selección de presidentes de federaciones o para la selección de países sedes de mega eventos deportivos (*vote-rigging*)¹⁵⁵²; adicionalmente deben incluirse conductas como el fraude fiscal. Todos esos riesgos fueron ampliamente descritos en el apartado correspondiente.

Adicionalmente pueden darse riesgos inherentes en un periodo determinado, por ejemplo, durante la pandemia del COVID 19, no solo al riesgo de contagio de colaboradores de las entidades, sino a la llamada *compliance* sanitario, originado de las medidas de precaución sanitarias que establecieron los distintos los gobiernos para combatir la pandemia. Esos controles afectaron de forma importante al ámbito deportivo (limitaciones de aforos, restricción de calendario deportivo,

1550 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 221.

1551 OCDE – UNODC – Banco Mundial. “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas”. 2013. Se puede consultar en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>. p. 12.

1552 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. pp. 5-7.

suspensión de competencias, controles a los deportistas), incluso se presentaron casos incluso judicializados, en que se cuestionó el cumplimiento de las medidas sanitarias por parte de deportistas¹⁵⁵³. Lo anterior es un claro ejemplo de riesgo inherente en un periodo determinado. Todos estos riesgos inherentes deben ser observados con cuidado a la hora de desarrollar el mapa de riesgo y en general el programa de *compliance*, especialmente en un sector como el deportivo que por sus características especiales ostenta varios riesgos inherentes tal y como se indicó en el párrafo tras anterior.

2.3.7 Evaluación de los controles existentes

Los controles son mecanismos que tienen una función restrictiva para impedir la comisión de conductas inadecuadas, contrarias a la ética empresarial, incluso delictivas, pero también para garantizar que los procesos establecidos han sido realizados de forma correcta¹⁵⁵⁴. Dentro del mapa de riesgos es necesario que se identifiquen los controles existentes encaminados a mitigar los riesgos; es normal que existan varios controles para un mismo riesgo, pero lo importante es que, no deben ser contradictorias entre sí. Los controles al igual que los riesgos deben recibir una evaluación y clasificarse como: ineficiente (riesgo alto), efectivo (bajo riesgo), parcialmente efectivo (riesgo medio) o muy efectivo (riesgo muy bajo), además de otorgárseles una puntuación¹⁵⁵⁵. Es importante que la persona encargada del programa de *compliance* analice la verdadera puesta en práctica o no de dichos controles en el “día a día” de la entidad, para lo anterior resultan muy importantes las entrevistas a los colaboradores de la entidad.

Antes de poder evaluar los controles es necesario conocerlos, especialmente las categorías existentes para así identificarlos en el mapa de riesgos. Algunos autores han descrito tres categorías de controles para las empresas: 1. **Organizativos**: que están formados por el código ético, las campañas de sensibilización y formación, las políticas de la empresa, entre otros. 2. **Los controles**

1553 En enero 2022 el tenista serbio Novak Djokovic estuvo envuelto en una polémica que dio la vuelta alrededor del mundo, al incumplir con medidas para el ingreso a Australia para participar en el Australian Open, e incluso por mentir en su declaración de ingreso y haber incumplido su aislamiento cuando estuvo contagiado. Sobre esto: BBC News: “Djokovic admite haberse saltado la cuarentena por COVID y cometido “errores” en la documentación para entrar a Australia”. 12 de enero de 2022. Se puede consultar en: <https://www.bbc.com/mundo/deportes-59967085>. (Consultado por última vez 13/01/2022).

1554 POSADO, Luis. “Controles técnicos en sistemas: Monitorización, alertas, etc.”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 584.

1555 OCDE – UNODC – Banco Mundial. “Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas”. 2013. Se puede consultar en: <http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>. p. 13.

técnicos: especialmente informáticos como sistemas de detección de intrusos, medidas de control de acceso físicas y lógicas, vigilancia digital, monitorización de accesos a los sistemas informáticos, controles escalonados de acceso a los archivos digitales, por citar algunos¹⁵⁵⁶. Pero también existen controles físicos como por ejemplo controles de acceso de personas físicas y vehículos, controles antiincendios, controles eléctricos y mecánicos, ubicación y protección física de equipos. 3. **Legales:** como cláusulas de confidencialidad de empleados, exigibilidad de varias firmas de distintos departamentos para aprobar operaciones, realización de auditorías externas, entre otras¹⁵⁵⁷.

Es importante que el análisis de los controles conteste una serie de preguntas: 1. Qué controles existen, 2. Si los controles están adecuadamente diseñados, 3. Si los controles son adecuadamente implementados y utilizados en la práctica?, 4. Si son suficientes los controles existentes, 5. Qué otros posibles controles que se pueden incluir.

2.4 Tratamiento o gestión del riesgo

Una vez realizada el análisis de riesgos, que se ha materializado mediante el mapa de riesgos, debe gestionarse los riesgos detectados¹⁵⁵⁸, mediante el establecimiento de nuevos mecanismos de control¹⁵⁵⁹, los cuales regularan los distintos procesos de la entidad, con el objetivo de disminuir al mínimo la posibilidad de que se materialicen los riesgos o la comisión de delitos¹⁵⁶⁰. Esto es lo que se conoce como la tarea de gestionar el riesgo, para lo cual es necesario determinar las medidas de control utilizadas en el ámbito en el que la empresa realiza su actividad¹⁵⁶¹.

1556 POSADO, Luis. “Controles técnicos en sistemas: Monitorización, alertas, etc”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 586.

1557 Ibidem.

1558 LÓPEZ, Paloma. “Gestión de riesgos y el compliance penal”, en FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dirs.) *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 28.

1559 Gestión del riesgo debe traducirse como *risk manage* y no como *risk management*, ya que el *risk management* es considerado como el proceso completo de identificar, evaluar, mitigar y gestionar el riesgo, mientras que el *risk manage* hace referencia únicamente al proceso de gestión del riesgo.

1560 O’SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 156. Esa autora los describe como: *crime-preventive standard operating procedures*.

1561 Ibidem. p. 361.

Concretamente el tratamiento del riesgo puede darse de diversas formas¹⁵⁶²: 1. Dejar de realizar la actividad que genera el riesgo (eliminar la fuente de riesgo), 2. Traspasar o compartir el riesgo, (contratar seguros), 3. Asumir el riesgo; 4. Mitigar el riesgo, reducir su impacto, 5. Modificar la probabilidad. Los dos últimos se logran mediante la implementación de controles y son las formas de tratamiento de riesgo que más frecuentemente se utilizan¹⁵⁶³. Los controles internos además de buscar disminuir el riesgo tienen otros tres objetivos: 1. Lograr que las operaciones sean eficientes y efectivas, 2. Establecer controles financieros de confianza, y 3. Cumplir con las leyes y las distintas regulaciones a las que está sujeta la empresa¹⁵⁶⁴.

El encargado de diseñar el programa de *compliance* debe proceder a la formulación de propuestas de organización y cambios de procedimientos internos¹⁵⁶⁵, mediante el establecimiento de los protocolos de procedimientos y de prevención, así como políticas básicas de la empresa: dichos protocolos deben estar documentados y deben ser de acceso público para los empleados de la empresa que deberán cumplirlos. Los protocolos buscan moldear el proceso de voluntad de la persona jurídica respecto a la toma de decisiones y la ejecución de estas de acuerdo con una adecuada cultura ética empresarial¹⁵⁶⁶. Sin embargo, será la cúpula directiva la que decidirá o no, si se implementan esos controles sugeridos por el encargado de diseñar el programa.

Los nuevos medios de control pueden ser de dos tipos, por ejemplo, puede ser de carácter general y de carácter específico, por ejemplo, el código de conducta de la empresa y el protocolo de prevención de delitos son protocolos de carácter general, mientras que el protocolo de prevención del blanqueo de capitales y el protocolo de prevención del amaño de partidos serán ejemplos de protocolos de carácter específico¹⁵⁶⁷.

1562 HALL, Stacey “Crisis management”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 395; HIGHMORE, Mel. “Safety risk in stadia and sports grounds”, en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 181; y BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”, en GIMÉNEZ ZÚNIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 110.

1563 ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 360.

1564 CASSIDY, M.M/WALSH, A. “Risky business: identifying and mitigating legal risks”, en CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Ed. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 38.

1565 Díez DE REVENGA, Ruiz, Alfonso y RAMÍREZ ARBUÉS, Francisco. “Capítulo II: El compliance en las organizaciones. Relación entre Compliance y otras áreas de la empresa. Compliance y Gobierno Corporativo”. en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 59.

1566 AGUILERA, R/PALMA, J.M. *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Thomson Reuters. 2017. p. 55.

1567 Los *compliance* penales suelen incluir políticas encaminadas a prevenir conductas como: corrupción, blanqueo de capitales, financiación del terrorismo, delitos contra la competencia, delitos contables, delitos tributarios, abuso de información privilegiada, delitos ambientales, fraudes, relevación de secretos empresariales, entre otros. Sobre esto: SIEBER, Ulrich. “Programas de

Es importante destacar que deben establecerse los principios generales de control interno desde aspectos tan básicos como inventarios de los activos de la empresa y el uso de estos por parte de los colaboradores¹⁵⁶⁸, hasta temas más complejos y sensibles como grandes operaciones comerciales o fusiones empresariales. Y es que la empresa, o en este caso entidad deportiva debe aplicar un debido control en todos los procesos que se realicen en la entidad, los cuales deben ir de forma paralela con las medidas eficaces (como protocolos) que la institución ha instaurado para prevenir la comisión de delitos. Es decir, no puede conformarse una entidad con que se han establecido distintas medidas de control, sino que debe implementarlas adecuadamente y fiscalizarse su debido cumplimiento¹⁵⁶⁹.

El cumplimiento de las medidas no obedece únicamente al *compliance officer*, ya que ese, podrá delegar esa tarea, por ejemplo, en la política de anticorrupción el apartado específico de regalos puede ser controlado por el departamento de Recursos Humanos y este departamento debe redactar reportes de este cumplimiento y enviárselos al *compliance officer* y al consejo de administración, mientras que el cumplimiento de los gastos corporativos reembolsables puede ser encomendado al departamento financiero. Un aspecto muy importante de esta etapa y en donde radica una parte muy importante del éxito del programa, es la pericia que tenga el encargado de establecer los controles ya que debe buscarse un balance, ya que no es posible implementar medidas tan coercitivas que hagan que la entidad pierda competitividad total.

2.4.1 Código ético o de conducta y promoción de una cultura ética

compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 70.

1568 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 297. Es importante indicar que muchos delitos relativos a fraudes corporativos podrán requerir como prueba una demostración de las políticas empresariales y del comportamiento contrario a ellas.

1569 HERNÁNDEZ, María. “Políticas Anticorrupción”. en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 153. Tal y como sucede en la materia de prevención de riesgos laborales, el técnico en prevención de riesgos debe constantemente recordarles a los operarios las medidas eficaces, pero debe también de forma casi permanente aplicar un debido control sobre el cumplimiento de las normas en materia de prevención laboral por parte de los empleados. El Dr. Adán Nieto plantea que los programas de prevención de riesgos laborales pueden utilizarse como base para el planteamiento de los programas de cumplimiento penal. En NIETO MARTIN, Adán. “El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 342.

Como se mencionó previamente, los programas de *compliance* tienen como objetivo central, la promoción de una adecuada cultura ética y de apego a la legalidad por parte de la empresa, y no a un sistema de control y supervisión de estilo policial dentro de la empresa¹⁵⁷⁰. Para lograr ese objetivo, debe dotarse a la entidad de un adecuado código de conducta o código ético, que establezca los estándares mínimos de la empresa y que además exprese una conducta de cero tolerancias frente a la corrupción¹⁵⁷¹. Pero adicionalmente utilizar ejemplos prácticos y cotidianos que permitan un mejor entendimiento. En virtud de lo anterior, el código de conducta se convierte en el elemento central y obligatorio de cualquier programa de *compliance*¹⁵⁷².

Pero antes de poder analizar qué es la cultura ética empresarial, la cultura ética deportiva y concretamente los códigos de conducta, resulta necesario comprender qué se entiende por ética: la ética es un campo de estudio de la filosofía, dicho campo de estudio ha sido llamado como filosofía moral y se encarga del estudio de las regulaciones sociales (normas de trato social) y culturales; son los estándares de comportamiento que guían hacia la acción correcta en todas las situaciones de la vida¹⁵⁷³. Es decir, es el actuar correcto en la vida, en la empresa, en el deporte o en cualquier ámbito de la vida o económico.

De esa forma, el código de conducta o ético es un instrumento en el que se plasman las normas de comportamiento correcto (ético) para un buen funcionamiento de las entidades (tanto públicas como privadas), una manifestación del compromiso de la empresa con los derechos y los valores éticos en todo el desarrollo de su actividad¹⁵⁷⁴. Mediante ese documento, la empresa o la entidad expresará los valores y principios por lo que se regirá y que los empleados deben gobernarse¹⁵⁷⁵. Asimismo, el código ético establece que la empresa se compromete de forma voluntaria a realizar una serie de deberes que garanticen la ética en su actividad diaria¹⁵⁷⁶.

1570 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015. p. 73.

1571 BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. Artículo: AIOLFI, Gemma. *Mitigating the risks of corruption through collective action*. 2014. p. 127.

1572 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 140; MANDRÍ ZÁRATE, Jesús. “El código ético de conducta”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 269.

1573 TYMOWSKI, G/BYERS, T/MASON, F. “Ethical behavior and values in sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 86.

1574 NAVAS MONCADA, Iván. “Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico”. En SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 112-113.

1575 THOMAS, Rosamund. “Business Ethics”, en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 38.

1576 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 39.

Por su parte, la cultura corporativa ha sido definida como: una serie de comportamientos, valores, convicciones y suposiciones compartidos, que son desarrollados y aprendidos por la organización para lidiar con los aspectos externos e internos, para sobrevivir y tener éxito¹⁵⁷⁷. Para exponerlo de forma más sencilla, la cultura ética es la puesta en práctica del código ético en el “día a día” de la empresa, es decir que todos los empleados compartan unos valores y principios comunes¹⁵⁷⁸.

Es difícil determinar con exactitud el origen concreto de los códigos de conducta en la empresa, pero un importante antecedente se puede ubicar en 1943, cuando la corporación japonesa Mitsubishi, estableció un código para regir la actividad de sus distintas empresas bajo una misma cultura empresarial¹⁵⁷⁹. Mientras que a nivel internacional en 1976 la OCDE estableció la guía para las empresas multinacionales, llegando hasta el auge de los códigos de conducta después del escándalo *Watergate*¹⁵⁸⁰, siempre de la mano con el modelo de buen gobierno corporativo. Sin embargo, el gran auge de ética en las empresas se ha dado en este milenio, y en España especialmente desde el año 2015 y posterior a la reforma en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que antes de eso los códigos éticos únicamente eran adoptados por empresas en sectores ampliamente regulados¹⁵⁸¹, o grandes multinacionales.

En los últimos años, las empresas españolas han comprendido que deben comportarse de acuerdo con una adecuada cultura ética¹⁵⁸², la cual regirá la toma de decisiones y su puesta en práctica. Este elemento es la base para que un programa de *compliance* funcione realmente. La cultura ética debe estar establecida en un documento, y es ahí donde nace el código de conducta o ética de la empresa, en el cual se instaura un respeto no solo por la legislación existente, sino que se aboga por la toma de decisiones fundamentadas en la ética¹⁵⁸³. Si bien la mayoría de los códigos de las empresas

1577 ODEN, Howard. *Managing Corporate Culture, Innovation, and Intrapreneurship*. Quorum Books. 1997. p. 3. “We will define corporate culture as “the set of shared behaviors, artifacts, values, beliefs, and assumptions that a corporation develops as it learns to cope with the external and internal aspects of survival and success”.

1578 NAVARRO VILLAVARDE, Eduardo. “Cultura de cumplimiento”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 285.

1579 RUDOLPH, Phillip H. “The History, variations, impact and future of self-regulation”, en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 422.

1580 NAVAS MONCADA, Iván. “Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 115.

1581 MANDRÍ ZÁRATE, Jesús. “El código ético de conducta”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 269.

1582 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 229.

1583 Ibidem. pp. 240-241.

tienen una estructura bastante similar, lo cierto es que debe darse una personalización del código para cada empresa, basado en sus actividades concretas y su historial¹⁵⁸⁴, ya el código moldeará la cultura ética propia de la empresa.

El código ético tiene que guiar el actuar diario de la entidad de esta forma es que se crea y se pone en práctica una verdadera cultura ética. Para que esto suceda es indispensable un compromiso por parte de la cúpula directiva (*tone from the top*), ya que esta marca el ejemplo que el resto de la empresa debe seguir y le da sentido práctico al código ético. Para MARK PIETH, este aspecto es una de las grandes falencias en el ámbito deportivo, ya que considera que en las entidades deportivas se está realizando un cambio “en el papel”, mediante la adopción de códigos éticos y demás políticas empresariales, pero en la práctica la gestión se sigue ejecutando cómo siempre se ha hecho y sin aplicar los principios establecidos en los códigos éticos. Aunado a esto, este autor también considera que no existe un verdadero compromiso ético por parte de las cúpulas directivas de entidades deportivas, haciendo especial referencia al caso de la FIFA¹⁵⁸⁵.

Lo expresado por PIETH, pone de relieve uno de los peores escenarios para los programas de *compliance*, cuando la cúpula directiva de la entidad no da el ejemplo al resto de la organización¹⁵⁸⁶; siendo el *tone from the top* uno de los principales mecanismos que comprueban la efectividad real de un programa de *compliance*¹⁵⁸⁷. Si la ética empresarial es adecuadamente implementada por los altos mandos de la empresa, se facilitará que los empleados se encuentren plenamente identificados con otros valores que dificultaran la comisión de delitos en la empresa, como lo son actuar de acuerdo con la legalidad, sentido de pertenencia a la empresa y orgullo por la empresa¹⁵⁸⁸. Pero además tiene como objetivo destacar el deber de lealtad de los altos mandos

1584 Ibidem. p. 242.

1585 Entrevista realizada al prof. Dr. Dr. h.c Mark Pieth, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA -2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza. El Dr. Pieth miembro del *Independent Governance Committee* (IGC) de la FIFA durante dos años.

1586 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. p. 29.

1587 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 128. Las empresas alemanas lo evalúan como el principal mecanismo para evaluar la efectividad de un programa de *compliance*.

1588 Ese modelo ha demostrado que tiene mejores resultados que si se está en la presencia de un sistema casi policial de persecución de los trabajadores, es decir que los empleados adopten la cultura ética porque creen verdaderamente en ella y no por miedo a ella. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 241; y ARTAZA VARELA, Osvaldo. “Programas de Cumplimiento. Breve Descripción de las Reglas Técnicas y su Utilidad Jurídico-Penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ V, /MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 244.

empresariales, por ejemplo, de los administradores con los accionistas y socios y de los accionistas con los demás accionistas para evitar acuerdos abusivos¹⁵⁸⁹. Lo anterior se deriva de que los altos jerarcas de las empresas son apreciados como figuras o modelos a seguir para el resto de los colaboradores, y que de ahí derive su importancia en dar el mejor ejemplo¹⁵⁹⁰.

Existen al menos dos motivos que fundamentan la adopción de códigos éticos en las empresas: en primer lugar, ayudará a adoptar una adecuada cultura ética, y la cultura de una organización influye directamente en el comportamiento de sus empleados, por ejemplo, una empresa sin una adecuada cultura ética será más propensa a los colaboradores cometan delitos, mientras que una empresa con una adecuada cultura ética será menos propensa a que sus empleados cometan hechos delictivos¹⁵⁹¹; en segundo lugar, es un requisito para lograr una atenuante o eximente en el marco de un proceso judicial en contra de la empresa¹⁵⁹².

Autores como NAVAS MONCADA han descrito distintas categorías de códigos que existen: los códigos modelos sectoriales que buscan una homogeneidad en los servicios y compromisos de un sector económico específico, pero sin tener carácter vinculante¹⁵⁹³, los códigos intergubernamentales establecidos por organismos internacionales para guiar la actividad de las empresas multinacionales, especialmente en materias como laboral, medio ambiente, Derechos Humanos, prevención de la corrupción, protección del consumidor entre otras¹⁵⁹⁴, los códigos múltiples partes interesadas que surgen principalmente del producto de negociaciones entre empresas y sindicatos, enfocados especialmente en acuerdos laborales¹⁵⁹⁵, y los códigos de asociaciones de comercio redactados para sectores industriales determinados y para buscar una homogeneidad en la conducta de las empresas del sector¹⁵⁹⁶.

1589 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 61 y 64.

1590 FILIPOVA, Milena. "Key content and structural components of corporate culture". En Rev. Inclusiones: Rev. de Humanidades y Ciencias Sociales, ISSN-e 0719-4706, Vol. 8, N°. Extra 5 (abril-junio). 2021 (Ejemplar dedicado a: Homenaje Olena Budnyk). pp. 593-594.

1591 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 52.

1592 CRONSTEDT, Claes. "Some legal dimensions of Corporate Codes of Conduct", en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 451.

1593 NAVAS MONCADA, Iván. "Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. pp. 116-117.

1594 Ibidem. p. 117.

1595 Ibidem. p. 118.

1596 Ibidem.

Sin importar la categoría en la que se englobe el código de conducta, se han identificado una serie de características concretas que debe incluir todo código de conducta: en primer lugar, debe ser un instrumento claro y redactado de forma sencilla para que todo empleado lo pueda entender para lo cual puede ir acompañado de ejemplos¹⁵⁹⁷; además debe tener un carácter vinculante para los empleados, directivos y colaboradores de la empresa¹⁵⁹⁸, y debe valorarse si se aplica a terceros; Asimismo, y como mínimo, debe contener los siguientes aspectos: 1. Mensaje de la cúpula empresarial, 2. finalidad del código, 3. principios y valores de la empresa, 3. Ámbito de aplicación del código, 4. normas generales de conducta para la empresa y los empleados (casos de conflictos de intereses, prohibición de la corrupción, ejemplificar a que se refiere, promoción del derecho a la competencia y la prohibición de monopolios o negociaciones irregulares para repartición del mercado, respeto por los Derechos Humanos¹⁵⁹⁹, respeto por la ética empresarial, protección de datos, contabilidad adecuada, prohibición de abuso de información privilegiada, seguridad en el tratamiento de la información, protección del medio ambiente, cumplimiento de normas de salud, normas para el buen funcionamiento del gobierno corporativo de la entidad, funcionamiento de la junta directiva), 5. Responsabilidades de los empleados, relaciones con los clientes, usuarios o proveedores, 6. relaciones con la administración pública, 7. Contribuciones y patrocinio, entre otras¹⁶⁰⁰, 8. Departamento de *compliance*, 9. Implementación de un canal de denuncias (que debe ser regulado de forma específica por un reglamento), 10. Necesidad de formación constante en temas de *compliance* y ética empresarial 11. Vigencia del código¹⁶⁰¹.

1597 HERNÁNDEZ COBO, Paula. “Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de Prevención, detección y reacción”. en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 567.

1598 PASCUAL CADENA, Antonio. *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer. 2016. pp. 121-122; NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 186.

1599 También ha sido llamado *Human Rights compliance* para hacer frente a los riesgos de violaciones de Derechos Humanos por parte de empresas especialmente en casos de grande proyectos, así como el cumplimiento con normativa como *Guiding Principles on Business and Human Rights* del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sobre esto: GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. P. 126; y *Guiding Principles on Business and Human Rights*, de United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. 2011.

1600 NAVAS MONCADA, Iván. “Los Códigos de conducta y el Derecho penal económico”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 119-120; BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. pp. 115; y DE LA MATA BARRANCO, Norberto. “La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 94.

1601 ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 113-114.

Estos elementos citados hacen que el código sea idóneo, sin embargo, también se ha resaltado la importancia de que la empresa invierta recursos y esfuerzos en la puesta en práctica y difusión del código conducta¹⁶⁰², ya que esta será la diferencia entre un programa de *compliance* “cosmético” y uno real, lo que demostrará la verdadera intención de la empresa y por ende algunos autores lo consideran como la base de todo programa de *compliance* en cualquier tipo de organización¹⁶⁰³.

Un tema novedoso que se está incluyendo en los códigos de ética de distintas empresas, es el respeto por los Derechos Humanos¹⁶⁰⁴; Incluso organismos internacionales han preparado guías de DDHH para que las empresas implementen y así asegurar el respeto de los Derechos Humanos especialmente en empresas que realizan su producción o actividad en países subdesarrollados y que tiene un alto impacto en las comunidades en las que se desarrollan¹⁶⁰⁵. En virtud de lo anterior, Naciones Unidas creó el documento llamado *Global Compact*, el cual establece la adopción de una cultura empresarial que rija el “día a día” de las operaciones de la empresa¹⁶⁰⁶, esta cultura empresarial se basa en el respecto mínimo de los Derechos Humanos mediante la adopción de diez principios¹⁶⁰⁷: 1. Las empresas deberán de apoyar y respetar la protección de los Derechos Humanos, 2. deberán de asegurarse de no ser cómplices en abusos de Derechos Humanos, 3. Respetaran el derecho de asociación y de negociación colectiva, 4. Eliminar todo tipo de trabajo forzoso, 5. Eliminar el trabajo infantil, 6. Eliminar cualquier tipo de discriminación, 7. Apoyar la protección del medio ambiente, 8. Implementar iniciativas para promover una responsabilidad ambiental, 9. Fomentar el desarrollo y difusión de tecnológicas amigables con el medio ambiente,

1602 ARTAZA VARELA, Osvaldo. “Programas de Cumplimiento. Breve Descripción de las Reglas Técnicas y su Utilidad Jurídico-Penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 242.

1603 NIETO MARTIN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 21.

1604 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 45-46; NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”. en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 131.

1605 Por ejemplo, la OCDE preparó las Líneas Directrices para Empresas multinacionales en 2011 o la ONU con sus Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos de 2011; además de la iniciativa *Global Compact* que tiene distintos proyectos en materias como: personas indígenas, pobreza, medio ambiente, gobernanza, niños, agua y sanidad, mercados financieros, alimento y agricultura, sostenibilidad social, paz, educación, desigualdad, desarrollo sostenible, Derechos Humanos, imperio de la ley (*Rule of Law*), establecimiento de objetivos empresariales, cambio climático, cadena de suministros sostenible y anti-corrupción, <https://www.unglobalcompact.org>.

1606 CORELL, Hans. “The Global Compact”, en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 268.

1607 Sobre esto: PRANDI, M/LOZANO, J.M. “Corporate Social Responsibility and Human Rights”. en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. pp. 213-214.

10. Trabajar para impedir cualquier forma de corrupción¹⁶⁰⁸. Y en general, en la creación de estructuras empresariales transparentes¹⁶⁰⁹. Aspectos que deberían ser incluidos en los códigos de conducta¹⁶¹⁰.

Concretamente en el ámbito deportivo el código de ética debe incluir aspectos que regulen la conducta de los entrenadores, padres de deportistas (que tienen influencia en la carrera de deportistas jóvenes), espectadores, patrocinadores, árbitros y directivos de clubes y entidades deportivas en general¹⁶¹¹. Así mismo el código de ética deberá dictar lineamientos para evitar los riesgos inherentes más importantes del ámbito deportivo, que fueron analizados previamente en este trabajo.

La RFEF aprobó un Código Ético y un Código de Cumplimiento Normativo, que contienen obligaciones para garantizar la buena gestión en el fútbol, evitar conductas contrarias a la ética y fomentar las conductas ejemplares en el fútbol profesional. Cabe destacar que las sanciones contempladas van desde los cinco mil euros y hasta los cien mil euros, y prohibiciones de hasta cinco años para ejercer actividades relacionadas con el fútbol federado¹⁶¹².

1608 Además del Global Compact, existen una serie de instrumentos encaminados a promover el respeto de los Derechos Humanos por parte de las empresas, entre estos: UN *Normes on the Responsibility of Transnational Corporations*, el libro verde sobre Responsabilidad Social Corporativa de la Unión Europea, Guía para Empresas Multinacionales de la OCDE, Guía de Amnistía Internacional sobre Derechos Humanos para empresas, entre otras.

1609 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 68.

1610 Adicionalmente algunos Estados también han implementado normativa sobre el tema, por ejemplo, en abril de 2017 entró en vigor la *Criminal Finances Act* de Reino Unido que como novedad plantea una protección especial de los Derechos Humanos permitiendo a los fiscales congelar los beneficios económicos producidos por graves violaciones de Derechos Humanos igualmente es considerado un hecho grave que las empresas tengan cualquier tipo de relación con hechos de este tipo. Artículo en el FCPA Blog: “New UK law creates liability for gross human right abuses”. De 26 de julio de 2017 se puede consultar en el siguiente enlace: http://www.fcpablog.com/blog/2017/7/26/rogers-and-todorov-new-uk-law-creates-liability-for-gross-hu.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+fcablog%2FsLbh+%28The+FCPA+Blog%29 Y *UK Criminal Finances Act* de 2017, Reino Unido. capítulo 3 sección 241A. Adicionalmente autores como Adán Nieto Martín ha planteado la idea de un derecho económico europeo de los Derechos Humanos, entrelazando los temas de un Derecho penal económico internacional, *compliance* y Derechos Humanos en el marco de la Unión Europea, concepción novedosa y acorde a las necesidades político-criminales que han ido surgiendo y las más recientes preocupaciones de la sociedad actual. Hacia un Derecho penal económico europeo de los derechos humanos. NIETO MARTÍN, Adán. “Hacia un Derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos”. *Rev. para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2020. pp. 137-172.

1611 TYMOWSKI, G/BYERS, T/MASON, F. “Ethical behavior and values in sport”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 86.

1612 RFEF, comunicado de prensa: “La RFEF aprueba el Código Ético y el Código de Cumplimiento Normativo con obligaciones para garantizar la buena gestión en el fútbol y las conductas ejemplares La RFEF aprueba el Código Ético y el Código de Cumplimiento Normativo con obligaciones para garantizar la buena gestión en el fútbol y las conductas ejemplares”. 13 de diciembre de 2019, se puede consultar en: <https://www.rfef.es/noticias/rfef-aprueba-codigo-etico-y-codigo-cumplimiento-normativo-obligaciones-garantizar-buena>. (consultado por última vez 4 de enero de 2020).

Por último, resulta necesario analizar el estado actual de la situación en España: ya que los códigos de conducta no están exigidos de forma expresa en la norma, pero la Circular 1/2016, FGE ya preveía la importancia de la adecuada implementación de una cultura ética por parte de la persona jurídica. De igual manera la jurisprudencia española ha adoptado el concepto, por ejemplo, la STS 154/2016, 29 de febrero, señala que: *ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de la de cada una de las personas físicas que la integran*. Es aquí donde se comprende la importancia de los programas de conducta ya que son la herramienta principal a la hora de formar la cultura ética de la empresa.

Los datos desvelados en el análisis evidencian la importancia de los códigos de conducta en las empresas como herramienta para crear y fomentar una verdadera cultura ética; las áreas temáticas que deben abarcar y la necesidad de incluir aspectos específicos dependiendo del ámbito en el que la empresa o entidad desarrolle sus negocios, como en el caso del deporte y el fomento de la ética deportiva.

2.5 Medidas concretas a implementar

2.5.1 Modelo de organización

De acuerdo con el art. 31 bis 2.1 CPE, las organizaciones deben adoptar y ejecutar modelos de organización y gestión, la empresa debe adoptar un diseño organizacional con el objetivo de prevenir conductas delictivas¹⁶¹³. Lo anterior es contrario con el principio que las organizaciones, especialmente las de derecho privado, tienen libertad de organización, sin embargo, se parte de que existe una expectativa mínima de organización, es decir, se espera que las empresas estén bien organizadas y actúen de acuerdo con la ética empresarial, tal y como las personas físicas están regidas por una expectativa de comportamiento de las normas de trato social. Recordando que las

1613 HEINE, Gunter. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales”. Rev. anuario Derecho penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. Coord. José Hurtado Pozo. p. 21; ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 50-51.

empresas serán responsables por los daños y trasgresiones de la norma que causen a raíz de su actividad, al igual que una persona es responsable por sus hechos¹⁶¹⁴.

La adopción de un adecuado modelo de organización tiene muchas ventajas para la empresa y para las autoridades, ya que puede permitir identificar responsabilidad penal individual cuando se dé un hecho delictivo en la empresa, en virtud de que la empresa debería tener plenamente identificados aspectos como: las funciones de cada sujeto, la facultad de tomar decisiones, el alcance del riesgo permitido, el deber de cuidado en cada actividad de riesgo, y la comunicación de las decisiones, aspectos que estarán claramente descritos gracias al programa de *compliance*; pudiéndose así identificar conductas criminales de sujetos concretos dentro de la empresa¹⁶¹⁵. Lo cual permitiría a la empresa colaborar con las autoridades de acuerdo con lo establecido tanto en el código penal español, así como en el *Yates Memorandum* y otras legislaciones.

En el ámbito deportivo profesional la implementación de un modelo de organización será un importante reto. Recordando que las figuras centrales de las entidades deportivas gozan de mucho poder y ejercen su mandato de forma casi autoritaria, lo que tiene como consecuencia que difícilmente van a aceptar contratar a un especialista de *compliance* si el mismo los amenaza con reducirles o limitarles su poder. Sin embargo, lo ideal sería que las entidades deportivas adopten adecuados modelos de organización y gestión en donde sea sencillo realizar una trazabilidad de las decisiones tomadas por la entidad¹⁶¹⁶. Los clubes deportivos profesionales deben tener presente que son grandes empresas que ingresan cientos de millones de euros anualmente, por lo que deberían gestionarse como verdaderas empresas y ostentar una estructura interna equivalente a la de una empresa.

Para lograr lo anterior, la entidad deportiva debe adoptar una adecuada *governance*, que establezca medidas de control y regulación de los distintos órganos que componen a la entidad, y así aumentar la confianza de los socios en la entidad¹⁶¹⁷. Una adecuada estructura organizativa y una buena

1614 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005. pp. 130-132.

1615 Sobre esto: SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 89.

1616 HELLER, Damian. “The role of the audit & compliance committee”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 66.

1617 BYERS, T/THURSTON, A. “Trust and control in sport organizations”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport*

política de *governance* no solo previene de que se den hechos de alerta, sino que permite identificar que sucedió y de dónde provino la decisión que llevo a ese estado de alerta, asimismo la adecuada estructura empresarial permite a la empresa dar una respuesta adecuada al estado de alerta¹⁶¹⁸.

Posterior al establecimiento de una adecuada organización interna, la entidad deberá adoptar las llamadas tres líneas de defensa del *compliance*: **la primera línea**, está compuesta por el control de la gerencia, donde cada área operativa de la organización pone en práctica la gestión de sus propios riesgos y controles; **la segunda línea**, contempla las funciones de supervisión de riesgos y propiamente de *compliance*, controles y cumplimiento de políticas y estándares establecidas por la administración, abordando riesgos; ambas, primera y segunda línea, reportan a la alta dirección. Y **la tercera línea**, está conformada por la Auditoría Interna, la cual aporta supervisión objetiva sobre las dos primeras líneas de defensa, evalúa el sistema de control interno de la organización en su conjunto para identificar debilidades y recomendar mejoras¹⁶¹⁹. La auditoría interna debe reportar a la alta dirección y a la junta directiva¹⁶²⁰. Finalmente, y fuera del marco de la organización, se encuentran la auditoría externa y organismos reguladores, que no integran el sistema de control interno, sino que lo examinan independiente y externamente.

Un elemento indispensable para lograr un adecuado modelo de organización es la promoción de una adecuada cultura ética deportiva dentro de la entidad, importante especialmente la gran connotación mediática que tiene el ámbito deportivo, lo cual conlleva un adecuado comportamiento dentro y fuera de la entidad por parte de los agentes, jugadores, directivos y entrenadores. Para PIETH, esto conlleva un importante reto para el modelo de organización de la entidad, ya que algunas entidades deportivas como la FIFA han adoptado importantes cambios en sus estatutos y protocolos, pero no se ha logrado la ejecución real de los mismos, esto por una carencia en el *tone from the top* respecto a la cultura ética y además a no observar *el compliance* como un proyecto a largo plazo que requiere esfuerzos constantes y que no se logra únicamente mediante el cambio de

management. Sage Publications. 2016. p. 432.

1618 ELLIOT, D/SMITH, D. "Waiting for the next one: Management attitudes to safety in the UK football industry". en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 98.

1619 RAMOS BARSELÓ, Fernando. "Funciones del compliance officer empresarial". en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 153.

1620 ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. p. 37.

los estatutos y protocolos¹⁶²¹. Lo cual puede ser identificado como un fracaso desde el punto de vista organizativo.

Otros aspectos que han sido identificado como puntos débiles del *management* deportivo y que deben ser revisados para cumplir con un adecuado modelo de organización son: el control de gasto y la adecuada toma de decisiones. En primer lugar, los clubes deportivos especialmente en el ámbito del fútbol profesional tienen altos ingresos por aspectos como venta de jugadores, taquillas, premios y contratos de patrocinio, sin embargo, como se analizó en el capítulo de análisis del ámbito deportivo, muchos clubes de fútbol profesional tienen altos costos operativos principalmente por los cada vez más altos salarios de los jugadores, y existe una falta de estudios de viabilidad económica de las principales operaciones de los clubes.

Otro aspecto importante, es el alto nivel de rotación del personal en entidades deportivas¹⁶²², esto conlleva problemas de eficiencia de personal y además aumenta los gastos en capacitación del personal. También, existe una importante rotación de jugadores de un club a otro se ha convertido en algo constante, lo anterior *representa un desafío para los clubes de cara a lograr mayor estabilidad en todos los niveles del equipo*¹⁶²³. Y es que la estabilidad de los deportistas del club suele estar relacionada con el llamado *performance management*, esto es una adecuada selección, desarrollo y mantenimiento en el tiempo del talento deportivo, esa característica debe ir de la mano con los objetivos deportivos que la entidad se proponga, como parte de un plan global de la empresa que incluya aspectos deportivos, económicos, sociales y de desarrollo en general, que además debe incluir sistemas de evaluación¹⁶²⁴.

1621 PIETH, Mark. "Beyond changing the code: reforming culture", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 59-61.

1622 KERWIN, Shannon. "Human resource management in sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 136.

1623 Especialmente porque los representantes de los jugadores cobran por cada traspaso por lo que influyen en los jugadores para que cambien constantemente de club. Esto se ha convertido en un problema para los equipos deportivos ya que se enfrentan a dos problemas por un lado la imposibilidad de retener jugadores, (tal y como le sucedió al FC Barcelona con Neymar) y por otra parte el alto costo que conlleva comprar jugadores nuevos, sin embargo cabe destacar que la marcha de Neymar al PSG fue algo que se pudo haber evitado, mediante la adecuada redacción de cláusulas contractuales que blinden a los jugadores así como altos montos en las cláusulas de rescisión de sus jugadores, algo que por ejemplo el Real Madrid sí ha implementado para cuidar a sus principales estrellas.

1624 ROBINSON, L/WINAND, M. "Performance management", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 249.

Otro aspecto importante a nivel de organización es la necesidad de incluir a mujeres en los puestos más altos de dirección en entidades como la FIFA, el COI y en general en los clubes y federaciones deportivas¹⁶²⁵. Y es que durante la historia moderna el deporte ha estado regido por hombres, y aunque en los últimos años se han dado pequeños cambios¹⁶²⁶, especialmente después del famoso FIFAGate, lo cierto es que falta mucho por hacer, por ejemplo, en 2015 el comité de la FIFA solo tenía una mujer¹⁶²⁷, para el año 2024 en ese órgano solamente hay 6 mujeres, de un total de 28 miembros (22.2%). Fatma Samoura es la Secretaria General, mientras que a nivel de *Executive Committee*, el nivel más alto de la FIFA que está conformado por un presidente, un vicepresidente *senior* y siete vicepresidentes) solo hay una mujer que ostenta una vicepresidencia y fue nombrada en abril de 2023¹⁶²⁸. Por otra parte, el *Committee* de auditoría y *compliance* de la FIFA únicamente tiene a 3 mujeres dentro de sus miembros (25%)¹⁶²⁹. La situación en el COI no varía mucho, únicamente 39 mujeres integran el Comité Olímpico Internacional de un total de 144 miembros (27%)¹⁶³⁰.

Y es que incluir más mujeres en los puestos más altos de las entidades forma parte de las nuevas tendencias en materia de organización, en virtud de que se considera que aporta elementos positivos como: 1. Las mujeres toman menos riesgos y se dejan influenciar menos por la pasión que genera el deporte, por lo que toman decisiones más objetivas, 2. Las mujeres son más éticas en su actuar que los hombres, 3 de cada 4 delitos en las empresas son realizados por hombres, 3. El deporte femenino está creciendo cada vez más y a futuro representará la mayoría del ámbito¹⁶³¹, 4. Según estudios las empresas con mayor cantidad de mujeres en puestos altos tienen mayores beneficios patrimoniales¹⁶³², 5. Representaría un mensaje en pro de la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres que no se ha alcanzado aun en la sociedad y menos en el ámbito deportivo. Como se

1625 FERNÁNDEZ, J.L/LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus. 2020. P. 181.

1626 En 2012 había solamente 2 mujeres dentro de los 25 miembros del Executive Committee (8%). Sobre esto: JORGE, Guillermo. "From patronage to managerial accountability", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 55.

1627 Diario Washington Post: "FIFA needs more women at the top". 11 de junio de 2015. Se puede consultar en: https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2015/06/11/fifa-needs-more-women-at-the-top/?utm_term=.666575e3f4cb.

1628 <https://www.fifa.com/about-fifa/organisation/fifa-council>. (Consultada por última vez 28/01/2024)

1629 Ibidem.

1630 Página web del COI: <https://www.olympic.org/ioc-members-list>. (Consultada por última vez 28/01/2024).

1631 Sobre los 3 primeros aspectos: Diario Washington Post: "FIFA needs more women at the top". 11 de junio de 2015. Se puede consultar en: https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2015/06/11/fifa-needs-more-women-at-the-top/?utm_term=.666575e3f4cb. (Consultada por última vez 28/01/2024)

1632 Diario Washington Post: "More women at the top, higher returns". 24 de septiembre de 2014. Se puede consultar en: https://www.washingtonpost.com/news/on-leadership/wp/2014/09/24/more-women-at-the-top-higher-returns/?utm_term=.cff72000b45e. (Consultada por última vez 28/01/2024)

puede observar existen importantes retos en materia de organización y género en las entidades deportivas profesionales; hasta que esos problemas del sector no se corrijan, existirá una clara tendencia a que se den hechos contrarios a la ética.

2.5.2 Medidas de control

Las empresas y también las entidades deportivas deben adoptar una serie de medidas encaminadas a lograr un control adecuado en la toma de decisiones y en la ejecución de las tareas asignadas a los agentes que permita disminuir los riesgos derivados de sus actividades diarias. Entre las medidas de control más genéricas que se pueden implementar están: adopción de políticas internas encaminadas a regular los distintos procesos u operaciones de la entidad (desde código de ética hasta las políticas más específicas), inspecciones periódicas en las instalaciones de la entidad especialmente, establecer o fortalecer los servicios de auditoría tanto interna como externa, entre otras¹⁶³³.

Los controles por implementar por parte de la empresa o entidad deberán ir dirigidos a controlar el riesgo empresarial existente (apreciados en el mapa de riesgos)¹⁶³⁴; esto se logrará mediante la adopción de una serie de sistemas, políticas y procedimientos que regulen la actividad empresarial; estos controles deben estar claramente establecidos en los documentos que formen el programa de *compliance*. El Tribunal Supremo español ya ha hecho referencia específica a la importancia de medidas de control encaminadas a evitar el abuso de relaciones personales en el ámbito deportivo, concretamente en el caso del Club Atlético Osasuna¹⁶³⁵.

Mientras que las medidas de control más específicas que se pueden llegar a implementarse son muchas y bastante variadas; dependerá del riesgo concreto y que tanto se quiere contener el mismo. Sin embargo, la práctica ha demostrado que los controles más importantes a implementar son aquellos destinados a reducir riesgos en las operaciones financieras; ya que el dinero puede permitir

1633 WATKINS, T/LEGGATT, E/WALKER, D. “Risk management”, en LEWIS, A/TAYLOR, J (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. pp. 575-576.

1634 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 156.

1635 STS 1014/2022 de 13 de enero de 2023. Ponente D. Julián Sánchez Melgar.

la gran mayoría de delitos cometidos en la empresa¹⁶³⁶: pagar sobornos, blanquear dinero, defraudación fiscal, fraudes, estafas, falsedad en las cuentas, financiamiento ilegal de partidos políticos, financiación del terrorismo, comprar sustancias dopantes, pagar sobornos a árbitros o deportistas, entre otras. Por estos motivos será muy importante la adopción de controles encaminados a vigilar tanto la entrada como salida de dinero de la entidad, pero también cómo se está manejando el dinero.

Las entidades deportivas al igual que cualquier empresa deben aplicar una serie de medidas en sus operaciones habituales de cara a reducir los riesgos penales, estas medidas son los controles. Especialmente importantes son los controles respecto a operaciones financieras que permitan reducir la posibilidad de comisión de la mayoría de los delitos económicos o realizar operaciones que puedan afectar gravemente la viabilidad financiera de la empresa o la entidad deportiva a futuro.

Especialmente importantes son los controles financieros, que son aquellos que se implementan en los mecanismos y personas que realizan operaciones financieras en nombre de la empresa, y que permite registrar con precisión, de forma completa y veraz los pagos realizados y recibidos. Especialmente importantes son los controles sobre las operaciones financieras con salida de dinero de la empresa, ya que una de las mejores formas de prevenir la corrupción es limitando las posibilidades de salida de dinero para pagos de soborno, enriquecimiento ilícito o cualquier otro delito de naturaleza económica¹⁶³⁷.

Entre los principales controles financieros a implementar destacan: segregación de funciones mediante las cuales se prohíbe que una misma persona realice y apruebe un pago o lo registre en la contabilidad, la aprobación de pagos se realizará mediante niveles (a mayores operaciones mayor será la jerarquía de la persona que autorice el pago), comprobación de pago realizado vs. servicio o trabajado realizado, limitación del uso de dinero en efectivo, aplicación de controles en caja, controles de contabilidad (doble chequeo por personas diferentes), aplicación de auditorías

1636 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 77.

1637 CASAS, K/CARTER, M. "Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America". Rule of Law Report February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas. p. 9.

periódicas sobre transacciones financieras importantes, debida diligencia de clientes, socios comerciales y las cuentas a las que se realizan los pagos¹⁶³⁸.

Para CORCOY BIDASOLO, una de las áreas más sensibles y por lo tanto que mejor debe controlarse es el área informática, ya que las empresas modernas suelen manejarse casi de forma completa mediante sistemas electrónicos y la vulnerabilidad de estos sistemas puede ser alta si no se toman medidas adecuadas de control¹⁶³⁹. Lo anterior quedó especialmente expuesto a partir de la pandemia originada por el COVID 19 y la necesidad de las empresas de implementar el teletrabajo de forma inmediata para lidiar con las medidas sanitarias impuestas por los gobiernos¹⁶⁴⁰. En virtud de esa exposición de los sistemas informáticos, deben establecerse controles, entre ellos: usuario y clave de acceso específica para cada empleado, perfil de usuario hecho a la medida del empleado y que permita utilizar solamente herramientas y revisar documentos propios del cargo (por ejemplo un empleado del departamento de *marketing* no debe tener acceso a los expedientes médicos de los deportistas, así como el personal médico del club no debe tener acceso a los contratos de *sponsorship* firmados por el club), sistema informático capaz de identificar los movimientos realizados por un usuario específico, controles que permitan de acuerdo a la normativa laboral y de protección de datos personales, almacenar y revisar los correos electrónicos y el equipo corporativo en caso de que sea necesarios.

Es importante que la empresa establezca controles a las filiales y a socios de negocios: tal y como lo establece la ISO 19601 las filiales podrán adoptar el sistema de *compliance* de la matriz o podrán disponer de un sistema propio¹⁶⁴¹; siguiendo el modelo de *compliance* global que debería regir a la empresa, las filiales deberían estar incluidas a la hora de realizar el programa de *compliance* global, y únicamente podrían las mismas adoptar pequeñas adaptaciones específicas (dados por mapas de riesgos más específicos y por la legislación correspondiente). Por otra parte, en la medida de lo

1638 Sobre todos los controles indicados: BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. pp. 159-160.

1639 Sesión 19. Del postgrado en Derecho penal Económico, Universidad Castilla – La Mancha, 23 de enero de 2019, titulada: “Impacto económico de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Atribución de responsabilidad penal en estructuras empresariales”. por CORCOY BIDASOLO, Mirenxtu.

1640 Diario La Vanguardia: “Los ciberataques a empresas crecen un 25% a causa de la pandemia”. 03 de mayo de 2021. Se puede consultar en: <https://www.lavanguardia.com/economia/20210503/7424172/ciberataques-empresas-crecen-25-causa-pandemia.html>. (Consultado por última vez 12/05/2021).

1641 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 160.

posible la empresa deberá aplicar controles a terceros (clientes, socios comerciales, subcontratista, proveedor), estos controles podrán ir desde firmar una adhesión a la política de *compliance* la empresa, hasta requerir la existencia de programas de *compliance* en dicha empresa, además de los principios de debida diligencia que se analizarán más adelante y que se deben cumplir en todo momento.

Para BYERS y THURSTON las medidas de control en el ámbito deportivo deben cumplir con algunas características para garantizar su eficacia: 1. No puede hacerse un uso excesivo de los controles, ya que hace que la empresa pierda eficacia y que en la práctica los controles no se respeten, 2. Debe establecerse un proceso de educación internacional para que los agentes deportivos comprendan el valor y la relevancia de ejecutar las medidas de control, 3. Los mecanismos de control deben englobarse en el sentido de la cultura ética empresarial y deben cumplirse por parte de los colaboradores por un fiel compromiso con la misma dado por la cultura ética y no solo por miedo a posibles sanciones¹⁶⁴².

2.5.3 Auditoría interna y externa

La auditoría ha sido definida como: el proceso independiente y objetivo de revisión de los procesos y controles con el objetivo de asegurar el cumplimiento de los requerimientos tanto internos (políticas empresariales) como externos (*leyes o directrices sectoriales*)¹⁶⁴³. Desde el punto de vista del *compliance* la auditoría interna es la forma más utilizada por las empresas alemanas para la detección de hechos delictivos o contrarios al código ético¹⁶⁴⁴ (mientras que en Estados Unidos es el *whistleblowing* como se analizará más adelante¹⁶⁴⁵). España comparte más similitudes con Alemania que con los países anglosajones, principalmente debido a la poca cultura de denuncia y a las escasas medidas de protección para los denunciantes. En virtud de lo anterior, para los países europeos el departamento de auditoría es de suma importancia desde el punto de vista del *compliance*.

1642 BYERS, T/THURSTON, A. "Trust and control in sport organizations", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 435.

1643 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 16.

1644 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 68.

1645 OLCINA, Enric. *Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa*. Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. p. 20.

La importancia de la auditoría radica en que la actividad empresarial debe caracterizarse por la transparencia, la cual se logra por medio de la obligación de informar a los accionistas o socios sobre la gestión del negocio¹⁶⁴⁶. Sin embargo, en el ámbito deportiva esa obligación pareciera no cumplirse a cabalidad¹⁶⁴⁷, lo cual es peligroso porque aumenta la probabilidad de que se puedan dar hechos delictivos. Y es que uno de los principales delitos que investigan las autoridades norteamericanas en las empresas son los llamados delitos societarios, especialmente el llamado “maquillaje” de cuentas por medio de la manipulación de la contabilidad empresarial, con el objetivo de atraer mayores inversores o mantener a los socios satisfechos con el desempeño empresarial¹⁶⁴⁸.

Los servicios financieros o en general en dónde esté el dinero representa el mayor foco de riesgo para las empresas y por supuesto para los clubes deportivos¹⁶⁴⁹; por lo que la auditoría debe centrar su atención en estos departamentos. Para ello se recomienda establecer controles que detecten operaciones simuladas que puedan suponer la salida de fondos o el uso de cajas negras de contabilidad que permiten pagar sobornos, evadir impuestos o blanquear dinero¹⁶⁵⁰. Por estos motivos, la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción hace especial énfasis en que los Estados deben castigar prácticas contables encaminadas a encubrir la corrupción como pueden ser: el establecimiento de cuentas no contabilizadas en la contabilidad, realizar transacciones sin reportarlas en los libros contables, registrar operaciones inexistentes o con datos falsos, la destrucción de libros contables¹⁶⁵¹, todas actividades sobre las que la auditoría debe prestar especial atención.

1646 BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011. p. 66.

1647 Diario la Nación: “Saprissa promete que su esperada asamblea de accionistas será en junio”. 22 de mayo de 2017. Se puede consultar en http://www.nacion.com/deportes/futbol-costa-rica/Saprissa-promete-esperada-asamblea-accionistas_0_1635836466.html (consultado por última vez 14/07/23). El Club de Fútbol Saprissa paso 3 años sin hacer asambleas de socios.

1648 Página web del *Federal Bureau of Investigation* (FBI) de los Estados Unidos de América. Se puede consultar en: <https://www.fbi.gov/investigate/white-collar-crime>, consultada el 14 de agosto de 2017.

1649 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 77.

1650 NIETO MARTIN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 25.

1651 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. 2004. Artículo 12.

Concretamente, las tareas del equipo de auditoría debe centrarse en cuatro aspectos fundamentales:

1. Revisión de la contabilidad, mediante la revisión de: las operaciones de alto riesgo, pagos únicos, pagos a cuentas en el extranjero, pagos inusuales, 2. Revisión de las transacciones, revisión de los pagos a agentes, pagos de comisiones, entre otros, 3. Revisión de contratos, adecuado seguimiento de los protocolos de contratación, coherencia entre lo dispuesto en los contratos y lo que se ejecuta mediante pagos, revisión de las cláusulas contractuales, revisión de modificaciones del contrato, entre otras, y 4. Revisión de aplicación de las políticas y controles establecidos, así como de las comunicaciones en caso de operaciones sospechosas¹⁶⁵².

Si bien la mayoría de las empresas ya cuentan con departamentos de auditoría, lo cierto es que en el ámbito deportivo no se sigue esa tendencia, en 2012 solo el 24% de los equipos de fútbol profesional de la primera, segunda, tercera y cuarta división inglesa, así como de la primera liga escocesa, contaban con sistemas de auditoría interna, y solo 5% tenía políticas antifraude¹⁶⁵³. Por otro lado, las federaciones internacionales inscritas en Suiza no tienen obligación legal de presentación de estados financieros pese a que manejan grandes cantidades de dinero, esto genera a su vez que los controles de auditoría interna sean muy relajados y los de auditoría externa no existan en algunos casos, todo lo anterior, tienen un efecto negativo desde el punto de vista de la transparencia y la gobernanza¹⁶⁵⁴. Para ejemplificar se puede mencionar el caso de las retribuciones no pactadas para el expresidente de la FIFA, el Secretario General y el vicesecretario, el segundo fungía también como Director Financiero, esto conlleva dos problemas graves: en primer lugar, el Vice secretario y Director Financiero ostentando dos posiciones incompatibles entre sí en el organigrama de la FIFA, y, en segundo lugar, no existía ningún tipo de control financiero ni de

1652 Sobre todo lo anterior: KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. "Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. pp. 306 a 308; GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program An anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 138.

1653 BROOKS, Graham. "Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans", en HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. p. 115; y ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 37.

1654 NEHME, M/ORDWAY, C. "Governance and anti-doping: beyond the fox and the hen house", en HAAS, Ulrich/HEALEY, Deborah. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. pp. 219, 223 y 225; PIETH, Mark. "The responsibility of the host country", en PIETH, Mark. "Governing FIFA", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 23.

auditoría (o no eran los adecuados), ya que, durante un periodo de 5 años se repartieron 79 millones de francos suizos sin que el sistema lo prohibiera o levantara una alerta¹⁶⁵⁵.

Mientras que, en el fútbol español, la LFP no exige que los clubes de fútbol cuenten con órganos de auditoría interna, departamento indispensable en cualquier empresa de tamaño medio o con una facturación importante, como la que tienen la mayoría de los clubes de la LFP. Lo que sí se les exige a los clubes de fútbol, es la presentación de cuentas auditadas externamente como requisito para poder inscribirse cada temporada¹⁶⁵⁶. Sin embargo, las buenas prácticas sugieren que las empresas cuenten con ambas auditorías, en virtud que de esa forma se cumple el llamado principio de los cuatro ojos¹⁶⁵⁷.

Por otra parte, es importante que los auditores (tanto internos como externos) cumplan con una serie de requisitos que los hagan aptos para realizar sus funciones: conocimiento de la materia anti-corrupción, experiencia en entrevistas, conocimiento de cómo identificar y analizar operaciones de alto riesgo, experiencia en el uso de herramientas de análisis de datos, experiencia en realizar investigaciones internas, conocimiento de los sistemas de control utilizados generalmente por las empresas y conocimiento de los principios de contabilidad aceptados¹⁶⁵⁸. En caso de auditorías forenses deberá ser realizada por una persona con conocimientos en esa materia y además que sea apta para testificar en juicio en caso de que sea necesario.

Respecto a las tareas asignadas a la auditoría interna, se han establecido una serie de verificaciones que deben realizar: personas o departamentos que deben poner los controles en práctica, contenidos puestos en práctica, revisiones internas periódicas, auditorías a filiales, informes a los departamentos sobre el grado de ajuste a la cultura de cumplimiento y evaluación del *compliance officer*¹⁶⁵⁹. Mientras que los objetivos de las auditorías externas deben ser definidos de forma previo

1655 FIFA, comunicado de prensa: “Attorneys for FIFA provide update on internal investigations and details on compensation for former top official”. 3 de junio de 2016. Se puede consultar en: <https://www.fifa.com/legal/football-regulatory/media-releases/attorneys-for-fifa-provide-update-on-internal-investigation-and-detail-2799851>. (Consultado por última vez 14/07/23)

1656 Reglamento de control económico de los Clubes y Sociedades Anónimas Deportivas afiliados a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. De 21 de mayo de 2014. Artículos 12 y 13.

1657 NIETO MARTIN, Adán. “De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Drs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 25.

1658 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 132.

1659 Recomendaciones hechas para los departamentos de auditoría interna respecto a la prevención del blanqueo de capitales Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC).

a que estas se ejecuten, una vez ejecutadas sus resultados deben ser documentados y se deben informar a la cúpula de la entidad¹⁶⁶⁰. De esta forma con un adecuado mecanismo de auditoría interna y externa las empresas pueden aumentar la detección de hechos delictivos, que debería tener como consecuencia una disminución de estos y de sus posibles consecuencias.

Por último, vale la pena mencionar que recientemente algunos autores han manifestado la importancia de que las empresas ejecuten una auditoría de *compliance* previo a iniciar procesos de litigio, ya sea proceso civiles o penales, con la intención de conocer objetivamente a las consecuencias que la empresa se expone¹⁶⁶¹, sin embargo, también tienen la función de lograr identificar las posibles estrategias procesales y por ende disminuir el riesgo del litigio. Todo lo anterior evidencia la importancia de las auditorías tanto internas como externas.

2.5.4 Establecimiento de políticas

Las políticas de *compliance* juegan un papel muy importante a nivel de la organización y buena gestión empresarial, ya que son los mecanismos que utilizará la empresa día a día para regular procesos, la comunicación de las decisiones y en general el comportamiento de la empresa. Además, son documentos que le dan un elemento físico al programa de *compliance*, el cual en ocasiones puede ser muy abstracto.

El contenido de las políticas debe ser muy claro, recordándose que deberán ser leídas y comprendidas por todos los empleados de la entidad. Para lograr eso, es adecuado que las políticas utilicen ejemplos de escenarios reales que se pueden dar, además de describir con bastante orden los pasos en los que deben realizarse los diversos procesos de la entidad y cómo se deben tomar las decisiones. Asimismo, estos documentos deben permitir la identificación y trazabilidad de los procesos, es decir, que en caso de que las autoridades quieran saber cómo y quién hizo un paso determinado en un proceso, la empresa pueda indicarlo conforme a un documento.

“Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. De 4 de abril de 2013. p. 20.

1660 Apartado 9.2 de la ISO 19601.

1661 GARRETT, B/MITCHELL, G. “Testing Compliance”. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p. 76.

Entre las políticas que se pueden establecer se destacan: código ético, política de *Tax Governance*, manual de prevención y respuesta ante delitos, política de integridad¹⁶⁶², políticas de varias firmas para la aprobación de pagos, política anticorrupción, política antifraude, política interna de prevención de abusos sexuales (especialmente importante en entidades deportivas con equipos de menores de edad), política de cumplimiento penal, protocolo de conservación y destrucción de documentos, protocolo de investigación interna, código disciplinario de la empresa, política de prevención ambiental¹⁶⁶³, protocolo delitos propiedad intelectual e industrial, protocolo prevención del blanqueo de capitales, política prevención delitos informáticos¹⁶⁶⁴, reglamento del canal de denuncias, protocolo de investigación interna, procedimiento de prevención de fraude fiscal y a la seguridad social, protocolo de reacción ante el delito (manejo de crisis), políticas de inclusión de cuentas para pagos, políticas de controles financieros, política de prevención del fraude informático, política de derechos humanos, políticas de desarrollo profesional, políticas de cumplimiento de las funciones y obligaciones (conducta intachable, integridad, lealtad, compromiso, discreción), políticas que garanticen la igualdad de oportunidades (en especial respecto a las mujeres) implementar planes específicos de igualdad¹⁶⁶⁵, Políticas de no discriminación, políticas respecto a la contratación de parientes o amigos, política de conciliación entre la vida laboral y la familiar¹⁶⁶⁶, entre otros muchos.

Para el ámbito deportivo podrán aportarse políticas concretas como: política de prevención del amaño de partidos, política antidopaje, procedimiento de pago de retribuciones a deportistas, procedimiento de contratación de jugadores y patrocinadores, de entre otras.

1662 La integridad puede definirse como la adherencia a un código moral de valores, estos valores están dados por costumbre, reglas, códigos de conducta, políticas entre otras. Sobre esto: THOMAS, Rosamund. "Business Ethics", en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 38.

1663 El tema de prevención de riesgos ambientales ha sido una de las áreas en que las empresas han enfocado su esfuerzo, motivados por un tema de cumplimiento legal en legislación ambiental pero también por un tema de publicidad, la percepción por los consumidores de que una empresa es verde son sumamente importante y bien catalogada. Para políticas en materia medio ambiental existen diversos estándares como por ejemplo el ISO 14000 sobre gestión medio ambiental, el ISO 14001 de gestión ambiental y el EMAS (*Eco-Management and Audit Scheme*) de la UE.

1664 Recordando que en el ámbito deportivo se pueden cometer delitos informáticos, por ejemplo, el director de *scounting* de los *Cardinals* de *St. Louis* fue condenado a 46 meses de prisión y a una multa de trescientos mil dólares por *hackear* e ingresar de forma ilegal el sistema informático de los *Astros* de Houston. Sobre esto: CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3erda ed. Ed. West Academic Publishing. 2017. p. 50.

1665 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 61 a 67.

1666 Ibidem. pp. 160-166.

2.5.5 Controles financieros

Los controles financieros son muy importantes del *compliance* ya que permite evitar que se utilicen contabilidades en las entidades que permitan desviar fondos para pagar sobornos, evadir el pago de impuestos, que la empresa cometa delitos e incluso que la empresa no sea víctima de delitos. Concretamente se pueden evitar la apropiación indebida y la administración desleal de activos de la empresa sean los fraudes internos, y es ese tipo de criminalidad suelen ir de la mano con la manipulación de la información financiera¹⁶⁶⁷.

Ahora bien, los fraudes internos suelen ser cometidos por dos o más empleados (en el 72% de los casos) por medio de múltiples transacciones (92%) y durante un espacio de entre tres y cinco años (39%)¹⁶⁶⁸. Lo que deja en evidencia una falencia en los sistemas de control, así como prácticas de auditoría incorrectas y equivocaciones en los procesos de revisión del sistema de *compliance*. Esos datos permiten no solo entender cómo se dan los hechos delictivos, sino también diseñar los controles; por ejemplo, ya que la mayoría de los delitos son realizados mediante múltiples transacciones los controles financieros deben poder detectar y alertas de múltiples transacciones para que estas sean revisadas o necesiten una aprobación especial por parte de varias personas. Asimismo, debe incluirse un control que conlleva la renovación de permisos de forma anual o bianual para las cuentas a las que se realizan pagos o depósitos, estos permisos deben ir acompañados de informes de auditoría sobre las transacciones pasadas, y uno de los aspectos más básicos pero que en muchas empresas no se cumplen, las personas que controlan el dinero o realizan pagos no puede ser los mismos que lleven la contabilidad de la empresa.

Ahora bien, los controles deben seguir una serie de características: deben ser adecuados para prevenir, detectar, gestionar y detener cualquier riesgo penal de manera temprana¹⁶⁶⁹, además, se debe disponer de un sistema de vigilancia que asegure entre otras cosas un registro adecuado de libros y cuentas, preferiblemente mediante un sistema electrónico seguro¹⁶⁷⁰. Concretamente los

1667 OLCINA, Enric. *Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa*. Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. p. 13.

1668 Ibidem. pp. 17-18.

1669 Apartado 8.3 de la ISO 19601.

1670 HERNÁNDEZ, María. "Políticas Anticorrupción", en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 173.

controles que se recomienda establecer son los siguientes: 1. *segregación de deberes, autorizaciones, controles de custodia y registro*, 2. *autorizaciones para transacciones, especialmente las transacciones de contratación de jugadores y patrocinadores*, 3. *registro de transacciones, mecanismos que garanticen la preservación de la documentación*, 4. *supervisión de operaciones y transacciones*, 5. *controles físicos, como cámaras, seguros, cerraduras con control biométrico entre otras*, 6. *seguridad informática, como uso de contraseñas y usuarios y autorizaciones de acceso escalonadas de acuerdo a las funciones desempeñadas*, 7. *procesamiento de la información financiera*, 8. *limitar la cantidad de cuentas bancarias*, 9. *limitar el acceso a las cuentas bancarias y requerir varias firmas para autorizar las transacciones*, 10. *hacer verificaciones contables constantes, así como realizar análisis periódicos financieros y contables más a fondo*, 11. *poderes mancomunados*, 12. *autorizaciones previas documentadas*, 13. *controles sobre la custodia de documentos sensibles o confidenciales*, 14. *doble firma*, 15. *secreto y cambio de las claves de acceso*, 16. *doble chequeo de pagos por personas distintas*¹⁶⁷¹.

Evidentemente las entidades deportivas no escapan del escenario de fraudes internos y delitos económicos en general, por lo que deben establecerse estrictos controles en las siguientes actividades que revisten un alto riesgo: contratación (de jugadores, venta de jugadores y contrato con patrocinadores y de bienes y servicios en general), acceso a cuentas bancarias, manejo del dinero en efectivo, contratación con consultores, agentes u otros intermediarios, regalos, atención o entretenimiento especialmente cuando sea dirigido agentes públicos y agentes o intermediarios, *y donaciones recibidas y realizadas*¹⁶⁷². Con solo adoptar controles financieros estrictos los clubes deportivos pueden no solo reducir los riesgos indicados anteriormente, pero también asegurar que se siga una política financiera adecuada y evitar así situaciones de insolvencia en los clubes.

2.5.6 Protocolo para contratación con patrocinadores

Una de las principales fuentes de ingresos en el ámbito deportivo son los contratos con patrocinadores, sin embargo, son relaciones comerciales que deben ser tratadas con mucha cautela

¹⁶⁷¹ Sobre los controles financieros internos: LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. pp. 86-88; GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. pp. 230-231.

¹⁶⁷² LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 67.

por ambas partes. Por ejemplo, los patrocinadores pueden ver expuesta su imagen al estar asociados con un club o entidad deportivos que se vea involucrada en casos de corrupción¹⁶⁷³. Por su parte, un club o entidad deportiva puede ver dañada su imagen o incluso incurrir en un delito de blanqueo de capitales por aceptar dinero de un patrocinador y que provenga de un hecho delictivo.

Los contratos de patrocinio deben partir de la base de cualquier relación comercial y por lo tanto deben seguirse el mismo proceso de debida diligencia que se exigiría para contratar con cualquier otro socio comercial o proveedor en cualquier empresa. Además, por medio de un contrato debe estipularse que ambas partes actuaran de acuerdo con la legalidad y regidos por modelos de *compliance*. El proceso de *due diligence* tanto por los patrocinadores como por los equipos debe verificar los siguientes aspectos: posibles conflictos de intereses, identificación clara de los propietarios del club, facilidad con la que el club o la entidad entrega información solicitada, ubicación de cuentas bancarias, si la negociación incluye prácticas comerciales poco habituales o incluso riesgosas, pagos en efectivo o en especie, ubicar si el país en que el patrocinador tiene su sede está entre la lista de países corruptos, revisar si el patrocinador o el club tiene antecedentes judiciales, cuestionamientos éticos previos, entre otros.

Concretamente de cara a establecer un protocolo para la contratación con patrocinadores, Naciones Unidas ha recomendado la implementación de los siguientes aspectos: definir cómo se realizarán las negociaciones, quiénes harán la negociación, tipo de requerimientos que hagan las partes, autorizaciones de los distintos departamentos para contratar, firma del contrato, ejecución del contrato y establecer el lugar y forma de pago de forma clara¹⁶⁷⁴.

Otro aspecto muy importante que debe incluir el protocolo es una regulación clara sobre la *hospitality*, es decir los regalos y trato a personas; por ejemplo, es común que los patrocinadores inviten a socios comerciales a ver los partidos de fútbol al palco que tienen, pero de ninguna forma esa invitación debería conllevar una obligación comercial¹⁶⁷⁵. Cada hospitalidad debe seguir un proceso para ser admitida. Concretamente el protocolo de hospitalidades debe contemplar que la

1673 United Nations Global Compact. "Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies". 2014. p. 12.

1674 Ibidem. p. 22.

1675 Ibidem. p. 26.

hospitalidad: sea apropiada, sea legal, sea acorde a los códigos de conducta de ambas entidades, que sea infrecuente, que no conlleve pagos en efectivo y que no sea transferible a familiares o amigos¹⁶⁷⁶.

Un ejemplo práctico de la importancia de contar con una política de contrataciones fue la decisión tomada por la Federación de Fútbol inglesa, mediante la cual estableció la auto prohibición expresa de suscribir acuerdos de patrocinio con casas de apuestas, luego de críticas recibidas después de varios años de ser patrocinada por la casa de apuestas *Landbrokes*¹⁶⁷⁷, lo que puede ser considerado como un claro conflicto de intereses. Adicionalmente es importante que los clubes y los patrocinadores cuenten con adecuada asesoría legal previo a firmar los contratos de patrocinio, y que se establezcan cláusulas en que ambas partes puedan romper el contrato por cuestionamientos éticos a la otra parte. Lo anterior permitirá tener un control sobre cualquier daño reputacional por asociación.

2.5.7 Prevención de la violencia en eventos deportivos

La violencia es un componente que siempre ha estado presente en la sociedad y que ha sido más o menos aceptado conforme al momento histórico concreto. Se podría pensar que actualmente vivimos en un momento histórico en que la violencia no es socialmente aceptada a excepción de la violencia propia de algunos deportes como boxeo, artes marciales mixtas y otros. Sin embargo, no puede esconderse el hecho de que existe mucha violencia en nuestra sociedad y desgraciadamente los recintos deportivos no están exentos de ella.

Tal y como se indicó en el apartado específico sobre el análisis de violencia en el ámbito deportivo, los estadios deportivos se han convertido en “válvulas de escape social”, lo cual ha desencadenado en bochornosos hechos de violencia y muchas muertes¹⁶⁷⁸. Lo que conlleva la necesidad de que las

1676 Ibidem. p. 28.

1677 Reportaje del periódico *The Guardian*. “FA announces end of all sponsorship deals with all betting companies”. De 22 de junio de 2017. Se puede consultar en: <https://amp-theguardian-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.theguardian.com/football/2017/jun/22/fa-announces-end-to-sponsorship-deals-with-betting-companies>. (Consultado por última vez 08/05/2021).

1678 Recientemente durante la pelea de Samuel Álvarez contra Billy Joe Saunders, en uno de los primeros eventos con públicos desde que inició la pandemia y siendo la pelea de boxeo con más público en Estados Unidos de América desde 1927, mientras se realizaba la velada boxística se dieron varias peleas entre aficionados en el recinto de los Dallas Cowboys, lugar donde se realizó el evento. Bjpenn.com: “Fights broke loose in the crowd during Saturday’s Canelo Alvarez vs. Billy Joe Saunder fight”. 9 de mayo

entidades deportivas analicen y adopten medidas de cara a prevenir la comisión de hechos de violencia. Debe tomarse en consideración la característica de la pasión que genera el deporte, y que lleva a aficionados a comportarse en forma irracional y a actuar de forma violenta, lo anterior aunado a que en algunos recintos deportivos ese permitido consumir alcohol, puede tener como consecuencia que los problemas sean mayores¹⁶⁷⁹. En virtud de lo anterior, las entidades deportivas deben prevenir y castigar cualquier hecho de violencia, incluidos hechos cometidos por los mismos deportistas, imponiendo sanciones económicas y de disciplina a lo interno, asimismo, las federaciones deportivas deben aplicar fuertes sanciones ejemplares a los deportistas y prohibir la entrada a los recintos a los aficionados violentos. Sin embargo, como apuntan algunos autores, entender y gestionar el riesgo de violencia no es nada sencillo ya que la mayoría de los incidentes de violencia en el ámbito deportivo van más allá del alcance razonable de riesgo asociado al ámbito deportivo¹⁶⁸⁰, es decir, no es posible establecer objetivamente una escala de riesgo, ya que no es posible prever objetivamente el comportamiento violento de las masas.

Desde el punto de vista de la empresa, la violencia en el trabajo es una preocupación creciente especialmente entre empresas norteamericanas¹⁶⁸¹, por lo que las mismas están adoptando políticas encaminadas a: la prevención de la violencia, prohibición de uso de armas e implementación de sistemas de seguridad, prohibición de drogas y alcohol en el trabajo (controles de alcohol aleatorios a choferes de empresa), detección de conductas adictivas por parte de empleados, cero tolerancia de cualquier forma de violencia (física, sexual, acoso psicológico, tratos humillantes, entre otros), análisis del ambiente laboral, un mal ambiente laboral puede desencadenar en violencia, así como

de 2021. Se puede consultar en: <https://www.bjpenn.com/boxing-news/video-fights-broke-loose-in-the-crowd-during-saturdays-canelo-alvarez-vs-billy-joe-saunders-fight/>. (Consultado por última vez 09/05/2021).

1679 El 19 de noviembre de 2004 en el partido de la NBA entre Pacers y Piston faltando solo 45 segundos por jugar inicio una pelea entre jugadores de los dos equipos, la situación se calmó al cabo de pocos minutos sin embargo cuando se creía que todo había pasado un aficionado lanzo un vaso con cerveza a un jugador y el jugador saltó a la grada para agredir al aficionado, ahí inicio una gran pelea entre jugadores y aficionados que duró varios minutos en poder controlarse hasta que los jugadores debieron salir del campo mientras los aficionados lanzaban bebidas botellas y objetos con el objetivo de agredirlos. Posterior a la pelea se estableció que para los juegos de NBA se debía de contar con más seguridad y se debía de limitar el consumo de alcohol por parte de los aficionados. El comisionado de la NBA con fundamento en el principio de “*best interest*” de la liga procedió a aplicar una sanción superior a la que el reglamento permite, 9 jugadores fueron sancionados con entre 1 y 86 partidos (el resto de la temporada) y con la pérdida de entre \$48,888 y \$4,995,000 del salario. Además 5 de los jugadores fueron condenados penalmente con un año bajo *probation*, \$250 de multa, entre 60 y 100 horas de trabajo comunitario y atender a terapia para manejo de la ira. En este caso las multas impuestas por la NBA fueron ejemplares.

1680 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 786.

1681 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 106-148.

ambientes de mucho estrés y situaciones de aislamiento social como las ocasionadas producto de las medidas sanitarias durante la pandemia del Covid 19.

Por otra parte, en muchas empresas y especialmente en el ámbito deportivo, existe la tendencia a delegar la seguridad de sus recintos en empresas subcontratadas. Es importante recordar que no se puede simplemente delegar y evadir responsabilidad, el club deportivo sigue manteniendo responsabilidades de supervisión y vigilancia sobre el delegado, además de que deben verificar que el delegado tenga las capacidades necesarias para atender la labor¹⁶⁸². En el ámbito deportivo estas empresas de seguridad deben velar por las vidas de miles de personas antes, durante y después de los eventos deportivos.

Todo lo anterior debe ser tomado en cuenta a la hora de desarrollar las políticas encaminadas a prevenir la violencia, y concretamente debe preverse: un análisis de riesgos específico para cada evento deportivo de acuerdo al tipo de evento, público que asistirá importancia de la competición entre otras, medidas de prevención extra estadio, control de barras ultra¹⁶⁸³, medidas de prevención dentro del estadio, segregación de barras ultras a lo interno del estadio, revisiones de seguridad para los aficionados especialmente aquellos relacionados con barras ultra, manejo de crisis, prevención y medidas para solventar fuegos, incendios, gases tóxicos, prevención del terrorismo, relación con las autoridades, personal de la entidad encargado de la seguridad, debida diligencia para contratar con empresas de seguridad, formación en seguridad para los colaboradores de la entidad, medidas de prevención de avalanchas humanas, medidas de prevención para evitar invasión del público, protocolos de desalojo en caso de emergencia, protección de VIP en los palcos, entre otros muchos. Las políticas y procesos encaminados a la prevención de la violencia en eventos deportivos son altamente especializados, los eventos masivos del ámbito son solo comparables a los del entretenimiento; lo cual supone un importante reto desde la perspectiva de *compliance*.

1682 Entre los aspectos de los que debe encargarse una empresa de seguridad son: responsabilidad por la seguridad en general, control de la entrada y salida, vigilancia, seguridad estructural, seguridad contra incendios, primeros auxilios, mantener bitácoras con donde se documente todo lo que suceda, relación y coordinación con las autoridades y fuerzas de seguridad del Estado, entre otras. Sobre esto: DE QUIDT, John. "The origins and role of the Football licensing authority", en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 70.

1683 Pocos son los clubes de fútbol profesional que han tomado la decisión de prohibir completamente el ingreso de barras ultras a sus recintos. El tema suele tener un ciclo, periodos de calma y tolerancia y luego periodos de discursos encaminados a erradicar a esos grupos, siempre en virtud de acontecimientos de violencia, sin embargo, no se toman las decisiones drásticas que ameritan ese tipo de grupos.

2.5.8 Prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo

La prevención del blanqueo de capitales se logra mediante la implementación de medidas de carácter general que se encuentran reguladas por el derecho administrativo¹⁶⁸⁴, adicionalmente por manuales de buenas prácticas¹⁶⁸⁵, entre ellas se destacan: reconocer y evaluar el riesgo existente en materia de blanqueo de capitales de acuerdo al ámbito específico¹⁶⁸⁶, la aplicación de medidas de diligencia debida que van desde la identificación y conocimiento del cliente (*know your customer*), identificación del objetivo real de la realización de la operación, identificación del cliente y el reporte de transacciones sospechosas, establecer órganos adecuados de control interno responsables de la aplicación de los primeros. Entre mayor sea el riesgo de blanqueo de capitales mayor deberá de ser el grado de sensibilización de los sujetos obligados, mayores los mecanismos de control y mayores los recursos que se deben tener para prevenir la comisión, contar con un registro de los clientes en donde consten la información requerida y aportada por los clientes de acuerdo con la aplicación de diligencia debida y de las operaciones realizadas¹⁶⁸⁷, así como la implementación de códigos de conducta y buenas prácticas además de protocolos específicos para la prevención de blanqueo de capitales¹⁶⁸⁸.

1684 GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015. p. 45. Si bien como se indicó, la normativa en prevención del blanqueo de capitales tiene carácter administrativo y su cumplimiento recae en autoridades administrativas, su eventual incumplimiento puede conllevar la aplicación del Derecho penal, sin olvidar las eventuales sanciones administrativas aplicables. Pero curiosamente la represión del blanqueo de capitales inició en el ámbito penal con una represión muy fuerte, para dar paso posteriormente a una represión también administrativa, contrario a lo que suele suceder, al utilizarse de primera entrada el derecho administrativo como medio de coerción dejando el Derecho penal como ultima arma.

1685 En España existe la siguiente legislación aplicable en materia de blanqueo de capitales: Ley 10/2010 de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo de 29 de abril, Reglamento 304/2014 de Prevención del Blanqueo de Capitales y Financiación del Terrorismo de 5 de mayo, Convenio de Varsovia relativo al blanqueo, seguimiento embargo y comiso de los productos del delito y financiación del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y Directiva UE 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 20 de mayo de 2015.

1686 BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos Miguel. “Compliance y blanqueo de capitales”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 155; DIÉZGUEZ, C/MARTÍNEZ, L. “Prevención del blanqueo de capitales. Conceptos y sujetos obligados. Organismos. Diligencia debida”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 201.

1687 BLASCO, J.L/FABRA, M/GUINOT, M/OLLER, M/PLANCHANDELL, A/URIOL, C/VIDALES, C. *Régimen Jurídico de la Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. pp. 64 y 65; y OTERO SALGADO, Luis Daniel. “Prevención del blanqueo de capitales”, en SAÍZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 201; Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). “*Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo*”. De 4 de abril de 2013. Madrid, España. pp. 3-4.

1688. BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos Miguel. “Compliance y blanqueo de capitales”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 156.

Ante cierto tipo de operaciones deberán aplicarse medidas de reforzadas de diligencia para la prevención de blanqueo de capitales¹⁶⁸⁹. Concretamente para ámbitos de negocio donde existe un riesgo inherente elevado de blanqueo de capitales (como es el caso del fútbol profesional) y en donde se den operaciones como: participación de empresas o sujetos que se encuentran domiciliados fuera de España y en muchos casos en países que carecen de un sistema adecuado de prevención de capitales, o en paraísos fiscales. Dichas medidas reforzada se componen de obtención de información referente a: propósito o índole de la relación de negocios, origen de los fondos, origen del patrimonio, propósito de la operación, asimismo debe tenerse autorización directiva para realizar la operación, que la operación tenga una congruencia desde el punto de vista de la relación de negocios y que la operación cuente con lógica económica¹⁶⁹⁰.

En el ámbito deportivo resulta necesario tener atención con las llamadas fundaciones que utilizan los clubes y los deportistas para promover obras de bien social. En virtud de que pueden ser utilizadas para blanquear dinero o cometer delitos fiscales. Además, el dinero de esas fundaciones puede acabar en países con un alto peligro de financiación del terrorismo o lavado de activos, conllevando una posible comisión de delito de blanqueo no solo por dolo, sino también por imprudencia o incluso ignorancia deliberada.

2.5.9 Prevención del delito fiscal

Tal y como se indicó en el apartado específico relativo al ámbito deportivo, el delito fiscal es el delito más recurrente entre los deportistas y las entidades deportivas profesionales. En virtud de lo anterior, las empresas con alguna relación en el deporte deben poner en práctica la transparencia tributaria, lo que se traduce en su actitud o cultura ante el pago de impuestos, la claridad sobre la tributación, comunicar a sus accionistas, socios y terceros el cumplimiento de sus obligaciones tributarios y en general la claridad respecto a todas sus obligaciones tributarias en todos los países en los que tengan actividad¹⁶⁹¹.

1689 BLASCO, J.L/FABRA, M/GUINOT, M/OLLER, M/PLANCHANDELL, A/URIOL, C/VIDALES, C. *Régimen Jurídico de la Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015. p. 78; BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos Miguel. “Compliance y blanqueo de capitales”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 161.

1690 Ibidem. p. 162.

1691 MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implementación de un manual de buenas prácticas (compliance)*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2018. p. 77.

Se recomienda que las empresas deben evitar una serie de comportamientos estrechamente relacionados con el fraude fiscal como, por ejemplo: utilización de cuentas, tarjetas de crédito y sociedades en países off-shore, sociedades tapadera, utilización de sistemas transnacionales de sociedades altamente sofisticados, manipulación de los precios de transferencia¹⁶⁹², y en general cualquier estructura opaca¹⁶⁹³. Asimismo, se le deberá explicar a las autoridades tributarias siempre que se haya establecido una estructura tributaria transfronteriza compleja mediante un informe de transparencia que describa aspectos como: estructura y actividad internacional de la empresa o grupo empresarial, presencia en paraísos fiscales, tributación internacional, financiación, operaciones en el extranjero, precios de transferencia, cambios significativos en la estructura empresarial o *holding*¹⁶⁹⁴. Asimismo, si la empresa cuenta con un adecuado mecanismo de control fiscal podría detectar pagos relacionados con corrupción, debido a que los pagos de corrupción no son deducibles de los impuestos; este mecanismo de detección de delitos de corrupción es muy utilizado por las autoridades especialmente en Alemania, en donde las autoridades fiscales suelen dar noticia de posibles casos de corrupción a la fiscalía¹⁶⁹⁵.

El manual de cumplimiento en materia fiscal debe prohibir de forma expresa algunos aspectos: llevar doble contabilidad, interposición de personas jurídicas, opacidad de las estructuras fiscales, utilizar softwares de doble uso, realización de pagos en efectivo por encima del límite legal, operaciones con deslocalización fiscal, uso de técnicas agresivas de planificación fiscal¹⁶⁹⁶.

También es importante que los clubes deportivos profesionales, especialmente en países con alta fiscalidad (como España), formen a sus deportistas en la importancia de transparencia tributaria, y en la medida de lo posible recomendar a los deportistas utilizar a un despacho previamente autorizado por el club para la organización fiscal de los jugadores, un despacho que se caracterice por sus altos valores éticos.

1692 CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 137.

1693 MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implementación de un manual de buenas prácticas (compliance)*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2018. p. 80.

1694 Ibidem. pp. 87-88.

1695 SAHAN, Oliver. “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 247.

1696 MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implementación de un manual de buenas prácticas (compliance)*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2018. p. 103.

2.5.10 Prevención de la corrupción pública y entre particulares

Las políticas encaminadas a prevenir la corrupción, tanto pública como entre particulares, se les ha dado un papel protagonista dentro de un programa de *compliance*¹⁶⁹⁷. Sin embargo, cabe destacar que por más completo que sea un programa de cumplimiento es imposible asegurar la eliminación al 100% de los riesgos de delitos y por ende de la *corrupción*¹⁶⁹⁸. Pero no por eso, la prevención deja de ser la herramienta más idónea para combatir.

Se recomienda que la política anticorrupción sea práctica y que hagan mención expresa a la prohibición o regulación de conductas como: prohibición del soborno y la extorsión, prohibir o regular los donativos políticos, conflictos de intereses, beneficios y patrocinios, limitar los obsequios, atenciones y gastos, *lobbying*, prohibición de pagos de facilitación o engrase, administración desleal¹⁶⁹⁹.

Para el ámbito deportivo profesional deben preverse además otros riesgos específicos asociados a la corrupción en el sector, como lo son: amañeo de partidos (que se analizará de forma separada), transparencia en los procesos electorales (corrupción entre particulares), corrupción en la selección de sedes de mega eventos deportivos y patrocinadores (corrupción entre particulares)¹⁷⁰⁰. Como se ha indicado previamente para otras políticas, es importante incluir ejemplos prácticos que faciliten el entendimiento de las conductas para todos los colaboradores de la entidad.

También, es importante tener en cuenta aspectos éticos en la gestión que no responden a ningún tipo penal, como por ejemplo que no existan favoritismos a la hora de contratación tanto de empleados, deportistas, como de proveedores o socios comerciales, especialmente en casos de familiares o amigos; debiendo siempre seguir criterios técnicos y meramente objetivos a la hora de

¹⁶⁹⁷ La mayoría de las empresas centran su atención en prevenir la corrupción pública.

¹⁶⁹⁸ HERNÁNDEZ, María. “Políticas Anticorrupción”, en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 167.

¹⁶⁹⁹ CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012. p. 109; BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Auditoría de sistema de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 131 a 133. Dentro de los delitos que pueden estar asociados a la corrupción encontramos: cohecho de funcionarios públicos, funcionarios públicos extranjeros, malversación o peculado, tráfico de influencias, abuso de funciones, enriquecimiento ilícito, sobornos entre particulares, malversación de bienes en el sector privado sobornos, contribuciones políticas ilícitas, pagos de facilitación, gastos especiales y el conflicto de intereses

¹⁷⁰⁰ ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. pp. 5-7; LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p. 76.

contratar¹⁷⁰¹. Asimismo, debe realizarse un *due diligence* por parte del departamento de recursos humanos para comprobar la no existencia de casos de corrupción o criminalidad económica en general por parte de los candidatos a formar parte de la entidad deportiva¹⁷⁰². Lo anterior supondría el hipotético caso de que un equipo con una adecuada política de *compliance* no podría fichar ni a Lionel Messi, ni a Cristiano Ronaldo, ya que ambos fueron condenados por delito fiscal¹⁷⁰³, si bien esto podría parecer ridículo especialmente teniendo en cuenta el aspecto pasional que conlleva el fútbol profesional, lo cierto es que un candidato a empleado con antecedentes por un delito económico difícilmente sería contratado por cualquier empresa si esta tuviera conocimiento de dicha condena, ¿Así que por que debería de tener un trato ventajoso un deportista profesional? Un caso como este reflejaría claramente cuando una entidad deportiva ha decidido seguir fielmente un programa de *compliance* y cumplirlo a cabalidad y por lo tanto es una clara manifestación de la adecuada ética empresarial de la empresa.

Una de las prácticas más difíciles y complejas de limitar es la de los regalos y atenciones; los regalos suelen ser habituales en la práctica comercial, en muchos casos únicamente tienen el objetivo de promocionar un producto o servicio; por lo que debe permitirse únicamente regalos simbólicos de poco valor y que de ninguna forma influyan en la toma de decisiones empresariales, es decir, que no se puedan considerar un *soborno*¹⁷⁰⁴. Sin embargo, debe precisarse en dónde está el límite entre una simple atención y un intento de disuadir la toma de decisiones¹⁷⁰⁵. Lo anterior conlleva no solo una importante regulación a nivel de políticas y procesos de la empresa, pero también una importante campaña de capacitación, especialmente para el área comercial.

Otro escenario de preocupación en el ámbito deportivo respecto a los regalos o atenciones que se pueden realizar es el de las invitaciones a funcionarios públicos para que asistan a los palcos de los

1701 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 93-97; ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 5; *Transparency International* Suiza. "Corruption dans le sport: prevention et lutte". 2da ed. 2017. pp. 11-14.

1702 BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. Artículo: AIOLFI, Gemma. *Mitigating the risks of corruption through collective action*. 2014. p. 126.

1703 Cristiano Ronaldo aceptó una sentencia de conformidad, mientras que Lionel Messi fue condenado en juicio a 24 meses de prisión.

1704 PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016. pp. 205-208; y TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 180.

1705 ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013. p. 6. por ejemplo, el pago de un hotel de lujo en un destino de playa (por parte de un país candidato para ser sede de los JJOO o la Copa Mundial de la FIFA) para el disfrute de miembros de un comité encargado de decidir la sede de dichos eventos y sus familias.

estadios deportivos. En primer lugar, cabe destacar que este tipo de atención no puede convertirse en algo habitual para un funcionario público en concreto, es decir, debe invitársele únicamente en situaciones puntuales y de forma justificada (y razonada) previa aprobación del *órgano de compliance*¹⁷⁰⁶; así mismo debe analizarse con especial cuidado los casos en que el funcionario público deba resolver una situación administrativa (o incluso jurídica) de vital trascendencia para la entidad deportiva (aprobación de eventos deportivos, licencias para construcción de nuevas instalaciones, cambio de uso de suelo, procesos judiciales seguidos contra la entidad o sus miembros). Debe evitarse realizar invitaciones a funcionarios públicos concretos y en su lugar invitar a la entidad u oficina gubernamental y que sea esa entidad la que decida quién asistirá en representación de la entidad. Adicionalmente el proceso de invitación debe realizarse con completa transparencia.

En el caso concreto de invitaciones a funcionarios públicos extranjeros a eventos deportivos por parte de patrocinadores deportivos, el escenario será más restrictivo que cuando es el equipo o la federación la que invita; los patrocinadores deben cuidarse de forma especial para evitar incumplir las leyes antisoborno de los distintos países donde operan y sus propias políticas anticorrupción. Lo anterior, toma un importante sentido si se recuerda que muchos de los países donde se han organizado los más importantes eventos deportivos en los últimos años tienen altos índices de corrupción (Brasil, Sudáfrica, China, Rusia, Catar, por citar algunos¹⁷⁰⁷). Entre los escenarios problemáticos que se pueden plantear para los patrocinadores encontramos: excesivos regalos de equipamiento deportivos (camisetas), distribución de tiquetes con un alto valor económico, solicitudes de los agentes de forma directa o por terceros de regalos, dinero, tiquetes a eventos, viajes al país donde se realizará el evento, pago de hospedaje y traslados, brindar entretenimiento inadecuado para funcionarios públicos, solicitud de licencias o contratos, uso de agentes o consultores en el país donde se va a realizar el evento deportivo, procesos de solicitud de visas para los empleados¹⁷⁰⁸.

Concretamente de cara a determinar si un regalo o atención es apropiado o no, deben valorarse tres características del regalo: 1. Valor del regalo, si se está en la presencia de un regalo extravagante

1706 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 204. Debe mantenerse un registro preciso sobre los regalos y atenciones que se realizan.

1707 Global Corruption Perception Index 2017.

1708 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 206.

y costoso (vehículos, viajes, artículos de lujo como ropa, joyería, relojes entre otros), 2. La naturaleza del regalo, para lo cual debe apreciarse si desde el punto de vista de los negocios si es un regalo apropiado y aceptado, y 3. Transparencia del regalo, debe considerarse si el regalo será entregado en público o de forma privada¹⁷⁰⁹. El correcto análisis de esas tres características junto a los principios establecidos en la política anticorrupción, permitirán determinar si el regalo es aceptable desde el punto de vista del *compliance*.

Se ha identificado una serie de conductas concretas que están asociadas con la corrupción empresarial y que, por lo tanto, deben prohibirse expresamente en la *política anticorrupción*¹⁷¹⁰: 1. Pagos anormales en efectivo, 2. Presión para realizar pagos catalogados como “urgentes”, 3. Pagos realizados en un tercer país (ejemplo un equipo italiano compra un jugador español a un equipo alemán y los pagos por la transferencia son pagados en Islas Caimán), 4. Pagos anormales de comisiones (pagos de altos porcentajes a agentes deportivos), 5. Reuniones privadas con empresas para negociar un concurso de contratación, 6. Regalos extravagantes (recibidos y otorgados), 7. Individuos en la empresa que nunca toman tiempo libre o vacaciones aun cuando están enfermos, 8. Tomar decisiones inesperadas o ilógicas respecto a contratos (pagar sumas de dinero sumamente altas por jugadores que no con del más alto nivel), 9. Contratar a personas que no cuentan con el nivel adecuado de conocimiento, experiencia o habilidades, 10. Abuso en los poderes de decisión, 11. Acuerdos de contratos no beneficiosos para la empresa (por lo términos o montos), 12. Preferencia no justificada por ciertas empresas para hacer negocios, 13. Evitar la realización de auditorías o controles de entes independientes, 14. Imposibilitar el trabajo de ciertos departamentos, 15. Violentar las políticas o los procedimientos de contratación, 16. Facturas acordadas por montos excesivos y no justificados, 17. Pérdida de documentos, 18. Falta de seguimiento de las políticas o procedimientos empresariales, 19. El pago de la matrícula educativa en nombre de terceros, 20. Un agente de la empresa se ofrece a negociar los términos del contrato o dice que él conoce a la gente indicada para lograr el contrato, 21. La actuación de los agentes de

1709 Ibidem. pp. 179-182.

1710 Existen varias modalidades que permiten esconder los pagos asociados a la corrupción y que deberán ser indicados en la política de anticorrupción, por ejemplo: transferencias entre entidades, regalos, donaciones y patrocinios, programas de desarrollo comunal (por medio de fundaciones), entretenimiento, entrenamiento, *marketing*, honorarios de consultores, abogados o auditores de impuestos, comisiones, viajes. Para detectar estas modalidades de pago de corrupción deberán de aplicarse controles financieros en la entidad previo a autorizar pagos. Sobre esto: KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. “Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 305.

la entidad es sospechosa y no se rige por los procedimientos preestablecidos, 22. Los agentes de la entidad tienen relaciones cercanas con las personas que tomaran la decisión sobre el contrato¹⁷¹¹.

La información abarcada, supone no solo un cambio a nivel de políticas internas pero un importante cambio en la forma de “hacer negocios” en el ámbito deportivo y en general de las empresas; lo que vendrá derivado de un verdadero cambio de cultura ética, para llevar esto a cabo, es indispensable la capacitación constante y permanente de los colaboradores de la entidad, solo de esa forma se logrará crear una conciencia corporativa inclinada a la buena conducta corporativa.

2.5.11 Prevención de la corrupción en la organización de mega eventos deportivos

Las colaboraciones público-privadas merecen una especial atención desde el punto de vista del *compliance*¹⁷¹², en el ámbito deportivo existen importantes alianzas público-privadas, especialmente para la organización de mega eventos deportivos, eventos que en los últimos años han sido salpicados por diversos escándalos de corrupción. Como resultado se obtiene que deba atenderse el problema de forma específica desde el punto de vista del *compliance* de entidades como la FIFA y el COI, pero también de comités especialmente creados para la organización de eventos deportivos. En el caso de la FIFA y el COI es donde más controles deberán de imponerse especialmente en los comités encargados de seleccionar al país sede de un evento. Deberán de establecerse estrictos controles de las personas que integran estos comités, entre ellos que cuenten con un alto estándar ético; pero también debe establecerse un sistema de selección objetivo, mediante la implementación de un test que cada miembro del comité deba completar que permita justificar su decisión.

La transparencia del proceso clave para asegurar que no existe corrupción, por lo que deben implementarse medidas como: la prohibición de interacción directa de los candidatos, la revisión de antecedentes y relaciones de los miembros encargados de tomar la decisión, y adoptar políticas de transparencia, como portales de transparencia en donde conste la publicación de informes

1711 Sobre todo, lo anterior: Ibidem. p. 669; HEIMANN, Fritz/PIETH, Marc. *Confronting corruption*. Ed. Oxford University Press. 2018. P. 207. “FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act”. 2012. pp. 14-18.

1712 PIETH, M/IVORY, R. “Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview”, en PIETH, M/IVORY, R. *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Ed. Springer. 2011. p. 5.

referentes a los candidatos e informes que justifiquen objetivamente la decisión tomada, en donde se indique de forma expresa el criterio dado por cada persona que incidió en la decisión. Lo anterior debe ser establecido por las federaciones deportivas internacionales, pero también los Estados deben incluir sus medidas; como puede ser que la exigencia de que las empresas que van a construir o colaborar en la organización cuenten con adecuados programas de *compliance*.

2.5.12 Prevención del amaño de partidos

El amaño de partidos es un riesgo inherente para el ámbito deportivo; adicionalmente es un riesgo específico del sector (únicamente se puede dar en el ámbito deportivo y tiene una íntima relación con las apuestas, especialmente las ilegales), esto conlleva que las medidas para combatirlo desde el punto de vista del *compliance* no sean tan avanzadas como frente a otros riesgos que se encuentran en diversos sectores de la economía. Sin embargo, en los últimos años el sector ha reconocido y ha empezado a trabajar fuertemente para contrarrestarlo; por ejemplo, La Liga Española de Fútbol trabaja de cerca para combatir el amaño de partidos, como consecuencia han creado e implementado un software llamado Tyche (nombre de la diosa griega de la suerte). Ese software permite analizar gran cantidad de datos provenientes de redes sociales, casas de apuesta en todo el mundo especialmente en Asia y foros de aficionados; gracias a este software y el trabajo conjunto con las autoridades, se han logrado detectar y procesar importantes operaciones de amaño de partidos en España¹⁷¹³.

Este trabajo de La Liga ha dado importantes datos, en primer lugar, el amaño de partidos es una realidad y un problema grave que afecta hasta a las ligas más grandes del mundo y, en segundo lugar, se plantea la duda de qué están realizando el resto de los países y federaciones para combatirlo¹⁷¹⁴. En ese sentido es importante indicar FIFA dio un paso atrás cuando la Interpol no renovó el acuerdo de colaboración que tenían para proteger el deporte del amaño de partidos¹⁷¹⁵. A partir de esto la FIFA ha limitado sus esfuerzos en la prevención y educación del sector,

1713 Diario El Confidencial: “La Policía del fútbol: así detecta La Liga el amaño de partidos”. 18 de marzo de 2018. Se puede consultar en: https://www-elconfidencial-com.cdn.ampproject.org/c/s/www.elconfidencial.com/amp/espana/2018-03-18/los-policias-del-futbol-asi-detecto-la-liga-el-amano-de-medio-centenar-de-partidos_1536607/.

1714 Ibidem. Incluso la UEFA aun no cuenta con un software tan avanzado para detectar este tipo de casos.

1715 UK Reuters: “Match-fixers using sponsorship to infiltrate clubs”. 29 de junio de 2015. Se puede consultar en: <https://uk.reuters.com/article/uk-soccer-matchfixing/match-fixers-using-sponsorship-to-infiltrate-clubs-idUKKCN0P920S20150629>. (Consultado por última vez 17/07/2023). Acuerdo que fue ampliamente criticado desde su firma.

especialmente en Latinoamérica, pero dejando la investigación y represión de lado. A diferencia de la Asociación de Futbolistas Españolas, que en 2018 firmó convenios de colaboración con la Guardia Civil para perseguir delitos de amaño de partidos y dopaje¹⁷¹⁶. Es importante resaltar que la colaboración de las federaciones con las autoridades policías es indispensable en este tema.

Desde 2017 la tercera división y la segunda división B españolas han incluido un contrato para que todos los jugadores y cuerpo técnico de los equipos que componen ambas categorías firmen, algo que sin lugar a dudas debe ser imitado por las demás ligas profesionales y por los propios clubes deportivos, el contrato establece los siguientes aspectos: Haber sido informado de que cualquier conducta tendente a la alteración, manipulación predeterminación de partidos o acontecimientos deportivos y competiciones, además de estar prohibida por la normativa deportiva vigente, está tipificado como delito en el Código Penal, obligación a no realizar apuestas, por sí mismo o por persona interpuesta, en un partido o acontecimiento deportivo correspondiente a una competición en la que nuestro club participe (se incluye las competiciones en las que el Club/equipo tenga previsto jugar pero que no se hayan iniciado y competiciones en las que el Club o equipo haya sido eliminado), prohibición de realizar apuestas, por sí mismo o por persona interpuesta, en un partido o acontecimiento deportivo o competición en la que tenga alguna influencia, ya sea directa o indirecta, no utilizar información interna, solicitar o instruir a un tercero para que realice una apuesta relacionada con: o el resultado de una competición de un partido o acontecimiento deportivo de la propia competición, o cualquier circunstancia dentro del curso de un partido o acontecimiento deportivo (número tarjetas rojas, amarillas, número de anotaciones, tiros de esquina, entre otros) o cualquier otro hecho o circunstancia de la que se tenga noticia previa que afecte a su club o equipo o cualquier otro Club o equipo que participe en la misma competición, no utilizar la información interna para realizar una apuesta o instruir a alguien para que la realice en su propio beneficio o de un tercero, no utilizar información interna para que alguien la utilice para realizar apuestas, no aceptar de otros ni ofrecer a terceros, ni por sí ni por persona interpuesta, dádivas, presente y/o recompensa de cualquier naturaleza que puedan influir en el resultado o desarrollo de un partido, acontecimiento deportivo o competición, en caso de tener conocimiento de la existencia de un ofrecimiento, solicitud o aceptación de promesa, recompensa o dádiva por

1716 IusSport: “La Guardia Civil y la AFE firman un acuerdo para perseguir el dopaje y el amaño en el fútbol”. 19 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <https://iusport.com/not/58597/la-guardia-civil-y-la-afe-firman-un-acuerdo-para-perseguir-el-dopaje-y-los-amanos-en-el-futbol/>. (Consultado por última vez 12/04/2021).

un tercero, informará a la Junta Directiva de forma inmediata. Sumado a esto ambas categorías han iniciado una campaña de concientización hacia los jugadores mediante gráficos con ejemplos bastante simples de comprender respecto a situaciones comunes que puedan generar dudas entre los jugadores¹⁷¹⁷. Resulta importante desde el punto de vista del *compliance* cuatro componentes para prevenir el amaño de partidos: 1. Políticas anti-amaño de partidos, 2. Formación constante y permanente, 3. Herramientas tecnológicas encaminadas a detectar apuestas sospechosas, y 4. Colaboración con las autoridades en la prevención, detección e investigación del amaño.

2.5.13 Prevención del dopaje

El dopaje también es un riesgo exclusivo e inherente al ámbito deportivo¹⁷¹⁸, en virtud de lo anterior los controles en materia de *compliance* no han sido tan desarrollados. Al igual que en el consumo de narcóticos, su principal herramienta de prevención radica en desalentar su consumo, si hay oferta de producto es que existe demanda de sustancias dopantes. La motivación para una entidad en prevenir estos hechos obedece al daño reputacional y de legitimidad que estos hechos ocasionan en la buena imagen del deporte y de la propia entidad. Además de posibles sanciones deportivas a las que se puede ver expuesta.

De acuerdo con expertos en la materia, la medida más importante para evitar el dopaje es la educación de los deportistas, entrenadores y personal médico, la implementación de una adecuada ética y cultura deportiva, acompañamiento psicológico a los deportistas y estrictos controles sobre los productos médicos que reciben los deportistas¹⁷¹⁹. La capacitación constante a los deportistas desde edades tempranas, el análisis de casos con sanciones que acabaron con carreras deportivas debe ser motivo de analices, es importante bloquear el pensamiento de “*vale la pena tomar el riesgo*”. Adicionalmente deben fomentarse valores como la honestidad deportiva y el *fair play*.

1717 IusSport: “Proliga proporciona documentos destinados a salvaguardar la integridad de la competición”. 09 de agosto de 2017. Se puede consultar en: <https://iusport.com/art/43464/proliga-proporciona-documentos-destinados-a-salvaguardar-la-integridad-de-la-competicion>. (Consultado por última vez 07/08/2019).

1718 Aunque algunas industrias ya empiezan a aplicar controles debido al uso de drogas con fines de mantenerse alerta y con energía por más tiempo.

1719 SMITH, A/STEWART, B. “Doping”. en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 263.

Por otra parte, las medidas de control interno aplicadas por los clubes deportivos, como por ejemplo la realización de controles antidopaje al azar y sin aviso previo. Además de controles desde las federaciones al menos dos veces por temporada y de forma aleatoria, y sin aviso previo, como se realiza en la NFL¹⁷²⁰. Será importante que las entidades deportivas y los deportistas únicamente consulten con centros médicos y profesionales de la salud con una ética intachable y que conozcan a cabalidad la lista de sustancias prohibidas por la AMA. Mientras que en deportes individuales deberán ser las propias federaciones o entidades encargadas de organizar competencias las que deberán de aplicar esos controles.

La redacción de una política antidopaje que evidencia una tolerancia cero frente al fenómeno es la base, adicionalmente la creación de un programa de capacitación permanente a todos los niveles es vital. La política también debe establecer sanciones aplicables a quienes se vean involucrados en conductas relacionadas con dopaje.

2.5.14 Aplicación de las medidas de diligencia debida o *due diligence*

La debida diligencia se puede definir como el proceso de evaluación mediante una investigación objetiva y documentada previo a la toma de una decisión¹⁷²¹. Los procesos de *due diligence* o diligencia debida debe aplicarse con: socios de negocios, trabajadores, clientes, candidatos o empleados que ostentan posiciones especialmente expuestas, agentes y representantes, proveedores, distribuidores, suministradores, subcontratistas, auditores externos, operaciones societarias de alto riesgo y procesos de transformación, fusión, compra o absorción¹⁷²², fenómeno bastante común en el mundo deportivo, especialmente en equipos de automovilismo que absorben a otros equipos, o sujetos o empresas que compren clubes, especialmente de fútbol y en contratación de patrocinadores. Todo lo anterior deja en evidencia la importancia de la debida diligencia en el ámbito deportivo.

1720 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 301.

1721 Ibidem. p. 157.

1722 NIETO, A/GARCÍA, B. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. p. 186; NIETO MARTÍN, Adán. “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 26; Transparency International España. “Guía Práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo, y prevención de la corrupción”. 2017. p. 53. Se puede consultar en: <http://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/07/guia-autodiagnostico.pdf>; Y Apartado 7.3.2.2 de la ISO 19601.

En la práctica la debida diligencia ha sido utilizada en gran medida para prevenir el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sin embargo, no es el único fin que puede dársele; implementada adecuadamente la diligencia debida puede ser una herramienta idónea para prevenir la comisión de delitos como fraude, amaño de partidos, corrupción, delito fiscal, administración desleal entre otros delitos. Concretamente, en operaciones financieras la diligencia debida debe seguir los siguientes pasos¹⁷²³: 1. Identificar las transacciones, con un nivel de riesgo alto que requieran control e identificación de los socios comerciales con riesgo considerable¹⁷²⁴; 2. Identificación formal de las personas físicas o jurídicas que pretendan establecer relaciones de negocio o intervenir en cualquier tipo de operaciones (como intermediarios o agentes deportivos). 3. Con carácter previo al establecimiento de la relación de negocios o a la ejecución de cualquier operación, deberá comprobarse la identidad de los intervinientes mediante documentos fehacientes; 4. Identificación del titular real¹⁷²⁵; 5. Identificación de la organización, conocimiento de su estructura, naturaleza, actividad económica, personas que representan a la organización¹⁷²⁶; 6. Recabar información de los clientes para determinar si éstos actúan por cuenta propia o de terceros. Cuando existan indicios o certeza de que los clientes no actúan por cuenta propia, es decir cuando son utilizados como testaferros, se deberá recabar la información precisa a fin de conocer la identidad de las personas que realmente están actuando; 7. Análisis de la reputación del socio comercial, la persona y/o entidad, historial delictivo¹⁷²⁷; 8. Obtener información sobre el objetivo de la relación de negocios; 9. Aplicación de medidas de seguimiento continuo a la relación de negocios, incluido el escrutinio de las operaciones efectuadas a lo largo de dicha relación a fin de garantizar que coincidan con el conocimiento que tenga la entidad del cliente y de su perfil

1723 Art. 3 Ley 10/2010 de 28 de abril sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo y Art. 4 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo.

1724 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 157.

1725 Según el artículo 4.2 de la Ley 10/2010 Por titular real debe entenderse: a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones. b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de la gestión de una persona jurídica. Se exceptúan las sociedades que coticen en un mercado regulado de la Unión Europea o de países terceros equivalentes. c) La persona o personas físicas que sean titulares o ejerzan el control del 25 por ciento o más de los bienes de un instrumento o persona jurídica que administre o distribuya fondos, o, cuando los beneficiarios estén aun por designar, la categoría de personas en beneficio de la cual se ha creado o actúa principalmente la persona o instrumento jurídicos.

1726 BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017. p. 157.

1727 Ibidem. p. 158.

empresarial y de riesgo¹⁷²⁸. Una vez realizados todos los pasos, se deberá emitir un informe con conclusiones sobre los datos obtenidos¹⁷²⁹.

Uno de los primeros pasos en el *due diligence* es la verificación de la existencia e idoneidad de un programa de *compliance* por parte de la otra empresa, además debe aplicarse un chequeo mediante fuentes de información abiertas o públicas, por ejemplo, noticias relacionadas con la empresa o el sujeto concreto, estas primeras verificaciones son llamadas verificaciones nivel I. Entre las verificaciones que deben realizarse destacan: áreas de negocios, dueños o accionistas, operaciones, países en los que opera, experiencia, proyectos importantes, contratos con la administración pública, conformación de la junta directiva, relaciones de empleados o directivos con la administración pública y procesos civiles o penales abiertos¹⁷³⁰.

Dependiendo del resultado de la búsqueda de nivel I deberá realizarse controles de *due diligence* de nivel II o III, en el nivel dos conlleva acceder a información localizada en oficinas del gobierno como registros públicos, Tribunales de Justicia u oficinas de la Administración Pública, este tipo de verificaciones conlleva contratar o tener a personas de confianza en el país en concreto que puedan realizar dichas diligencias. Mientras que las verificaciones de nivel III estarán reservadas para los casos en los que objetivamente se considere que puede existir un riesgo, especialmente cuando se realizan negocios en países donde nunca se habían realizado antes o en los casos de adquisición o fusiones; estas verificaciones pueden conllevar la elaboración de cuestionarios, entrevistas, verificación o auditoría de información financiera¹⁷³¹.

Otro aspecto importante para analizar es la existencia de algún procedimiento de carácter penal, administrativo sancionatorio o en incluso deportivo en contra de dicha empresa o sujeto, investigación de casos anteriores de corrupción que haya tenido la empresa, revisión de las operaciones, transacciones y contabilidad, relaciones de directores o empleados de la empresa con

1728 Artículo 6. de la Ley 10/2010 de 28 de abril sobre prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo.

1729 Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). “Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. De 4 de abril de 2013. p. 16.

1730 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. pp. 94, 96-97.

1731 Ibidem. p. 94.

agentes públicos, pagos recibidos y realizados únicamente a cuentas de la empresa en el país en el que se hace el negocio¹⁷³².

Concretamente en el ámbito deportivo, existen varias operaciones financieras habituales de alto riesgo (que conllevarán controles de III nivel e incluso controles adicionales). Un claro ejemplo de lo anterior y que merece especial atención son las donaciones por parte de empresas a obras de caridad como fundaciones, que, en algunas situaciones por falta de controles o transparencia, no se sabe bien qué sucede con ese dinero¹⁷³³: En ese sentido la debida diligencia debe abarcar desde conocer bien a las entidades a las que se dona dinero, corroborar que el dinero que se entrega sea realmente una donación y no el pago de parte del salario del jugador o de un traspaso¹⁷³⁴, y conocer el uso real que se le va a dar al dinero. Para lograr lo anterior la entidad deportiva debe comprobar: cuál es el objetivo de la donación, si el pago es acorde a la política de donaciones de la empresa, si el pago fue solicitado por un funcionario público, si el pago es requisito para obtener un contrato o poder realizar negocios con alguna empresa (o contratar a un jugador), reputación e historia de la fundación, solicitando comprobantes de las acciones concretas que realiza la entidad (inversión de fondos), exigir una publicidad de la contabilidad de la fundación, la relación que tenga la fundación con funcionarios públicos en los países donde realiza actividades, que la fundación cuente con un adecuado programa de *compliance* y controles de auditoría, si las donaciones son registradas en la contabilidad de ambas entidades, recibo conforme la recepción de la donación¹⁷³⁵.

1732 Ibidem. pp. 71 y 92.

1733 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 92. De 140 empresas entrevistadas por el instituto Max Planck, el 60% dijeron que sí donaban, solo un 8% dijo que no, y un 20% no respondió.

1734 HELLER, Damian. "The role of the audit & compliance committee", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 66; El FC Barcelona fue investigado por Hacienda por este aspecto Diario El Mundo: "Hacienda investiga los pagos del Barcelona a la fundación Messi". De 12 de enero de 2018. Se puede consultar en: <http://www.elmundo.es/deportes/football-leaks/2018/01/12/5a58df06ca47412b2e8b45ca.html>. (consultado por última vez 17/072023). El pago "camuflado" e ilícito por medio de fundaciones puede conllevar importantes beneficios desde el punto de vista fiscal, en primer lugar, suele ser completamente deducible de los impuestos y en segundo lugar la fundación del jugador tributará un porcentaje considerablemente más bajo por ese dinero recibido que el que tributaría el propio jugador por IRPF. (sin olvidar los importantes beneficios fiscales que pueden recibir las fundaciones en muchos países).

1735 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015 pp. 209-210, 212-213; GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program an anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. pp. 160-161.

Vale la pena mencionar que los supuestos de fusiones y adquisiciones revisten un riesgo especial, ya que existen muchos intereses en juegos especialmente por parte de las juntas directivas¹⁷³⁶. Los tribunales en Estados Unidos y algunas legislaciones, han establecido que en los casos de fusiones corporativas las empresas que adquieren empresas también adquieren sus obligaciones, así como su responsabilidad penal, civil y administrativos por hechos delictivos previos a la fusión¹⁷³⁷ (*successor liability*). Mientras que en los casos de disoluciones se han establecido *winding up statutes* los cuales permiten durante un periodo de tiempo que las empresas puedan responder ante demandas de carácter civil como procesos penales en su contra, asegurando de esta forma el eventual pago de posibles multas a imponer¹⁷³⁸. Lo anterior conlleva una solución lógica al problema, ya que de lo contrario una empresa podría cometer delitos y posteriormente fusionarse o ser adquirida por otra para eludir cualquier tipo de responsabilidad penal, mientras que de esta forma se prevé hasta la obligación de garantizar patrimonialmente una eventual multa a imponer a la persona jurídica¹⁷³⁹. Estos escenarios de fusiones y adquisiciones son poco habituales en el

1736 Que en algunos casos debe pasarse de tres juntas directivas o una gran cantidad de consejeros delegados a una sola junta directiva o disminuir en forma significativa el número de consejeros delegados, aprobándose en muchos casos beneficios especiales para los que decidan jubilarse de forma anticipada. Como ejemplo no se pueden dejar pasar por alto las escandalosas fusiones bancarias en España que dieron pie a importantes procesos judiciales contra varios consejeros delegados. Sobre esto la STS 1114/2006, de 14 de noviembre de 2006, ponente Enrique Bacigalupo Zapater, versa sobre las compensaciones y/o grandes retribuciones económicas para consejeros de entidades bancarias que fueron pactadas al momento de fusión entre los bancos BBV Y Argentaria, en donde en primera instancia fueron condenados varios consejeros delegados, posteriormente el TS los absolvió.

1737 Corte de Apelaciones del Circuito Quinto de los Estados Unidos de América, caso *United States v. Alamo Bank of Texas*, 880 F2d 828, de 7 de agosto de 1989. En donde se condenó a una multa de \$750.000 al *Alamo Bank of Texas* por hechos delictivos cometidos por *Central National Bank* previo a haber sido absorbido por *Alamo Bank*. También ordenamientos como el belga y el de Luxemburgo han establecido el mismo criterio, sobre esto: NIETO MARTÍN, Adán. “Derecho penal europeo y comparado. Cooperación judicial”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 26. También la ley 9699 de Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos de 11 de junio de 2019 de la República de Costa Rica, establece en su artículo 3 que: Vicisitudes de la persona jurídica, cuando la persona jurídica presuntamente responsable por las conductas descritas en el artículo 1 de la presente ley, se absorba, transforme, adquiera, fusione o escinda, luego de ocurridos los hechos generadores de responsabilidad, se seguirán las siguientes reglas: a) Si se extinguiera por efecto de una absorción, transformación, adquisición o fusión, la persona jurídica absorbente o nueva será objeto del procedimiento de responsabilidad que regula la presente ley y se hará acreedora de las consecuencias que se deriven de él. b) Si se escinde, todas las personas jurídicas que hayan participado en el proceso de escisión, bien como escidentes o beneficiarias, estarán sujetas al proceso y a las sanciones de la presente ley. En caso de que ocurra una disolución aparente, cuando la persona jurídica continúa su actividad económica a través de otra nueva, pero mantiene la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, continúa teniendo la responsabilidad penal de la persona jurídica disuelta.

1738 VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas*. Ed. Aranzadi. 2016. pp. 258, 490-491; Tal y como lo destaca VILLEGAS GARCÍA la FCPA establece un apartado específico para persecución penal en caso de fusiones o adquisiciones: Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission. “FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act”. 2012. pp. 28 y 29.

1739 Escenarios más complejos plantean los supuestos de disolución de personas jurídicas, por ejemplo, por impago de impuestos o inactividad. En casos de fusiones o adquisiciones el tema de *due diligence* toma una importante notoriedad, debido a que las responsabilidades legales harán responsable a la entidad que adquiere o absorbe a otra por cualquier hecho previo que haya realizado la entidad (especialmente la posible transferencia de responsabilidad penal de empresa a empresa). Es aquí donde el examen de comprobación de la cultura ética empresarial toma bastante importancia. En el ámbito deportivo tendrá sentido cuando una persona tenga la intención de comprar el club, de cara a que el club no se exponga a problemas relacionados con lavado de activos o crisis mediáticas por el origen de los fondos con los que fue adquirida. COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Anti-corruption

ámbito deportivo. La debida diligencia es una herramienta preventiva bastante importante en el marco del programa de *compliance*, que permite identificar y evadir riesgos en la actividad diaria de la empresa o entidad deportiva.

2.6 Cálculo del riesgo residual

Una vez establecidos los controles y medidas de debida diligencia podrá determinarse objetivamente el riesgo residual al que se enfrenta la entidad; el riesgo residual nunca podrá ser cero, siempre existirá un porcentaje mínimo de riesgo por más idóneos que sean los controles¹⁷⁴⁰. Aquí es importante destacar que el riesgo residual no solo dependerá de los controles, sino también de la tolerancia que tenga la empresa por el riesgo (aceptación del riesgo) o la delegación en terceros del riesgo (proveedores de servicios, aseguradoras)¹⁷⁴¹.

El cálculo del riesgo residual estará dado en virtud de la valoración inicial del riesgo menos la disminución del riesgo producto de los controles y procesos adecuadamente implementados; para lograr su estimación objetiva se pueden utilizar softwares especializados. De esta forma el riesgo residual será determinado de forma objetiva, lo que en ningún caso significará que el programa de *compliance* garantice cero riesgos, siempre existirán riesgos en las prácticas empresariales, pero se busca disminuirlos al mínimo como base para lograr una eventual atenuante o eximente en caso de imputación penal de la persona jurídica¹⁷⁴², y para realizar una actividad empresarial responsable. Con el cálculo del riesgo residual también se puede determinar las posibles consecuencias para la empresa, desde una perspectiva de responsabilidad penal pero también frente a otras posibles responsabilidades, como civil, sancionatoria, reputacional, deportiva, e incluso reputacional. Lo anterior tiene relevancia ya que permite entender a la empresa o entidad deportiva las posibles consecuencias de las acciones u omisiones realizadas.

considerations in international mergers and acquisitions”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. pp. 315-316.

1740 GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. “Diseño de un sistema de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 224.

1741 Ibidem.

1742 GALLEGO SOLER, José-Ignacio. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 196.

2.7 Órgano de cumplimiento o *compliance officer*

La idea de establecer órganos de cumplimiento en las empresas se basa en la idea de generar un entorno empresarial de cumplimiento que dificulte la comisión de delitos en la empresa, es decir, es en esencia otro *mecanismo de control*¹⁷⁴³. El *compliance officer* es el garante de la ética en la empresa, sus funciones principales son promover la cultura corporativa en la empresa y vigilar el cumplimiento de los controles y políticas empresariales. Adicionalmente el *compliance officer* o *chief compliance officer* (en el caso de grandes empresas), será el encargado de desarrollar, implementar, monitorizar y expandir en caso necesario el programa de *compliance*¹⁷⁴⁴.

El órgano de *compliance* debe ser un departamento con autonomía funcional, autoridad, recursos y con un presupuesto adecuado que le permita desempeñar sus funciones¹⁷⁴⁵. Para lograr esto se debe dotar al órgano de autoridad y responsabilidad para poner en práctica la cultura de cumplimiento, así como acceso a: las personas que toman las decisiones, a toda la organización, toda la información documentada y asesoramiento externo en caso de que sea necesario¹⁷⁴⁶. Debe partirse de la base que la cúpula empresarial es quien ostenta un deber de control y evitación de hechos delictivos, pero puede delegarlo¹⁷⁴⁷, para esto debe asegurar de seleccionar de forma adecuada al órgano de cumplimiento y dotarlo de los mecanismos necesarios, sin embargo, esto no conlleva a una extinción de la posición de garante que ostenta la dirección de la empresa, porque siempre deberá de atender a un deber de supervisión y vigilancia del delegado es decir del *compliance officer* o del órgano de cumplimiento¹⁷⁴⁸. De esa forma, el órgano de *compliance* será el encargado día a día de vigilar que se pongan en práctica las medidas aprobadas por la cúpula

1743 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 166.

1744 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 36.

1745 LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016. p.78; RAMOS BARSELÓ, Fernando. “Funciones del compliance officer empresarial”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel. (Dir). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 156.

1746 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 194.

1747 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al Oficial Ryan”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 308.

1748 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. pp. 72 y 173; BALCARCE, F/ BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 171; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. pp. 81 y 103; y BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. pp. 200-201.

empresarial¹⁷⁴⁹, para lo cual debe contar con el apoyo de departamentos como recursos humanos, jurídico, auditoría interna, externa y en general de todos los empleados¹⁷⁵⁰.

El órgano de *compliance* podrá ser unipersonal o pluripersonal, esto dependerá del tamaño de la empresa, una empresa pequeña o mediana podrá contar con una sola persona encargada¹⁷⁵¹, que incluso en muchos casos tendrá recargada otra función, mientras que empresas grandes o multinacionales deberán de contar con todo un equipo¹⁷⁵², empresas de sectores regulados deberán de contar con más empleados realizando labores de *compliance*¹⁷⁵³. Lo más importante es que el órgano este dotado de poderes autónomos de iniciativa y control. Puede ejercer estas funciones un organismo que ya estuviera creado con estas funciones porque el tipo de empresa así lo requiera, o bien uno creado específicamente para encargarse de la gestión del *compliance*. Se recomienda que el oficial de cumplimiento debe ostentar una posición jerárquica suficientemente elevada como para garantizar la colaboración total de todos los miembros de la empresa, además de garantizársele acceso directo e inmediato al órgano de gobierno de la empresa para notificarlo de lo que considere relevante¹⁷⁵⁴.

De acuerdo con la doctrina, el *compliance officer* debe contar con una serie de características¹⁷⁵⁵:

1. adecuada formación en materia de *compliance* y gestión, además de contar con experiencia en la materia
2. debe ser una personas con un integridad intachable ya que será el máximo responsable respecto a la integridad y ética empresarial,
3. debe ser neutral respecto a los conflictos de la empresa,
4. debe ser alguien con carácter para ponerle un límite a la empresa y a los empleados cuando sea necesario para lo cual debe contar con buenas habilidades de comunicación,
5. Independencia, el órgano de *compliance* debe ser independiente respecto a la cúpula directiva de

1749 DIÉZGUEZ, C/MARTÍNEZ, L. “Prevención del blanqueo de capitales. Conceptos y sujetos obligados. Organismos. Diligencia debida”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 203.

1750 Ibidem.

1751 Existe una práctica recurrente de recargar la función de *compliance* a órganos preexistentes, sin embargo, algunos autores consideran que la función debe ser realizada por especialistas en la materia. Sobre lo anterior: GARRETT, B/MITCHELL, G. “Testing Compliance”. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p. 54.

1752 PASCUAL CADENA, Antonio. *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. . Ed. Wolters Kluwer. 2016. p. 79.

1753 Webinar Organizado por Ethisphere: “Session 2 Our Insights Series: Structuring and Resourcing Your Ethics and Compliance Program Effectively”. 16 de mayo de 2019.

1754 La UNE 19601 de 18 de mayo de 2017.

1755 AYALA DE LA TORRE, José María. *Compliance*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2016. pp. 21-22; PUYOL, Javier. “El compliance officer”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. pp. 374 y 379.

la empresa y así poder asesorar de forma objetiva, 6. *El compliance officer* debe contar con una adecuada retribución económica de acuerdo al papel que desempeña en la empresa, 7. se le deberá de dotar de una posición jerárquica adecuada dentro del esquema de la empresa para que pueda satisfacer sus funciones además de que su contratación y retribución deberán de ser acordes a su responsabilidad¹⁷⁵⁶.

Respecto al formación académica específica del *compliance officer*, no se ha establecido la obligatoriedad de que cuente con un título académico concreto. La experiencia en EEUU ha establecido que los departamentos de *compliance* están compuestos por los siguientes profesionales en orden porcentual: abogados, investigadores, auditores, financieros, asistentes legales, operaciones, ingenieros informáticos, analistas de información, comunicadores, recursos humanos, comerciales y otros¹⁷⁵⁷. Sin embargo, lo ideal sería que cuenten con formación específica en *compliance* y por supuesto experiencia en la materia.

En el ámbito deportivo las funciones del órgano de cumplimiento pueden dividirse en varios departamentos, por ejemplo, la FIFA estableció dos órganos independientes, por una parte, el *Ethics Committee* y por otra parte el *Audit and Compliance Committee*, los cuales en su inicio fueron manejando por profesionales independientes y altamente capacitados para realizar sus tareas¹⁷⁵⁸. Sin embargo, desde 2017, el Consejo de Europa indicó que los órganos no estaban siendo manejados de la mejor forma, abogando por una reestructuración inmediata¹⁷⁵⁹.

Además, el órgano de *compliance* de la FIFA se nutre con otros departamentos como: Integridad (prevención de amaño de partidos), Gobernanza (encargada principalmente de garantizar la transparencia en los procesos electorales internos en las federaciones y en la propia FIFA) Seguridad (recientemente ha centrado su labor en combatir los enfrentamientos entre hooligans y

1756 Y PUYOL, Javier. “Capítulo III: “La figura del compliance officer: características y responsabilidades”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 99.

1757 Webinar Organizado por Ethisphere: “Session 2 Our Insights Series: Structuring and Resourcing Your Ethics and Compliance Program Effectively”. 16 de mayo de 2019.

1758 PIETH, Mark. “Governing FIFA”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p.15; y del mismo libro HELLER, Damian. “The role of the audit & compliance committee”. p. 63.

1759 Consejo de Europa, “Good football governance”. De 15 de diciembre de 2017. p. 11. Se puede consultar en: <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnVveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yNDI4NCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVCIYTUwyUERGLnhzbA=&xsltparams=ZmlsZWlkPTI0Mjg0>.

prevención del terrorismo), Ética y de Investigaciones Internas¹⁷⁶⁰. Algunos clubes deportivos también han incorporado *compliance officers* a su estructura¹⁷⁶¹, situación *que no ha estado exenta de retos y dificultades*¹⁷⁶².

Ahora bien, para definir las labores del *compliance officer*, debe partirse de una premisa importante, la actividad económica empresarial está regida por un deber de garante en virtud de la obligación de control y un deber que la actividad realizada no afecte bienes jurídicos ajenos, es decir, evitar hechos lesivos¹⁷⁶³. Usualmente la dirección de la empresa no será la encargada de evitar posibles afectaciones a bienes jurídicos, ya que delegará en el órgano de cumplimiento o en el *compliance officer* esa labor. Si esta delegación se realiza de la forma adecuada también conllevará una delegación de la posición de garante, de esa forma la dirección de la empresa pasará a ostentar un deber de supervisión y vigilancia del delegado. Para esto el órgano de cumplimiento debe contar con autonomía y con poderes de iniciativa y control real.

Cada empresa conforme a su estructura interna y ámbito de actividad económica establecerá las obligaciones y tareas que considere oportunas para su *compliance officer*, es decir de una empresa a otra pueden variar las obligaciones específicas que cumplan sus *compliance officers*. En términos generales, la doctrina ha establecido que el oficial de cumplimiento será el encargado de: asegurar que la empresa cumple con la ley y con la cultura organizacional¹⁷⁶⁴, ejerciendo para ello labores de supervisión, vigilancia, un deber de control de los peligros empresariales¹⁷⁶⁵, prevención de riesgos, detección de riesgos, observancia del modelo de prevención y reporte a la organización¹⁷⁶⁶.

1760 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Sr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA. Y en la página web de la FIFA se puede encontrar toda la división de departamentos: www.fifa.com.

1761 Canal Palco 23: “La compliance officer del Barca dimite tres años después”. 10 de enero de 2019. Se puede consultar en: <https://www.palco23.com/clubes/la-compliance-officer-del-barca-dimite-tres-anos-despues.html?fbclid=IwAR3OMbNQgT5wxQKXsfP3D-ddOECVIP6qpZBeS6V1GHeJnNeOSIFGVGOztW0>. La *compliance officer* del FC Barcelona dimitió

1762 Por ejemplo: Noelia Romero, la ex *compliance officer* del FC Barcelona, fue suspendida y luego despedida de su labor, ella denunció presiones y demandó laboralmente al club por despido injustificado, proceso que finalmente ganó.

1763 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo “Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción del Deber de Control: Una Aproximación Tópica”. en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. pp. 341 y 344; y BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. p. 197.

1764 VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022. p. 1.

1765 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. p. 273.

1766 RAMOS BARSELÓ, Fernando. “Funciones del compliance officer empresarial”, en GIMÉNEZ ZÚNIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 157.

En el ámbito deportivo el *compliance officer* también deberá velar porque no se materialicen los riesgos de amaño de partidos y dopaje, e incluso la evitación de ciertas sanciones deportivas específicas.

Se han clasificado las funciones del *compliance officer* en tres categorías: 1. Autónomas, 2. delegadas por la alta dirección, y 3. Junto al órgano de administración. Las que se proceden a analizar de la siguiente forma. Las funciones que debe realizar de forma autónoma son: conocimiento de la organización interna, de la normativa empresarial, seguimiento de los controles de la empresa, supervisar el funcionamiento y observancia del programa de *compliance* en general, evaluación de cumplimiento por parte de la entidad y los empleado, evaluar periódicamente si las políticas en esta materia resultan adecuadas para gestionar los riesgos penales de forma eficaz y si están siendo implementadas de forma adecuada, además, tiene la obligación de informar periódicamente a los administradores (u otras figuras análogas) y a la alta dirección sobre sus conclusiones, incluyendo, en su caso, las distintas investigaciones que se hubieran hecho, la frecuencia de estas revisiones dependerá de los requisitos de la organización, debiéndose ir caso por caso y la verificación de la idoneidad desde el punto de vista de la integridad de posibles candidatos para ocupar cargos en la entidad¹⁷⁶⁷.

Mientras que, las funciones delegadas por la *dirección de la empresa*¹⁷⁶⁸, se encuentran directamente relacionadas con la supervisión directa de la aplicación del programa de *compliance*¹⁷⁶⁹. Entre ellas podemos destacar: mantener un conocimiento actualizado de la legislación que afecta a la empresa, diseñar un plan anual de *compliance*. orientar a los empleados y directivos en el cumplimiento de la normativa, así como aclarar dudas, control del programa de cumplimiento. Establecer y gestionar un adecuado sistema de denuncias interno, realizar una

1767 Sobre todo lo anterior: La UNE 19601 de 18 de mayo de 2017; ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017. pp. 40 y 41; HELLER, Damian. “The role of the audit & compliance committee”, en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 64; RAMOS BARSELÓ, Fernando. “Funciones del compliance officer empresarial”, en GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017. p. 150.

1768 DÍEZ DE REVENGA, A/RAMÍREZ, F. “Capítulo II: El compliance en las organizaciones. Relación entre Compliance y otras áreas de la empresa. Compliance y Gobierno Corporativo”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 69.

1769 GALLEGO SOLER, José-Ignacio. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Drs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. Pp. 203-204; y PUYOL, Javier. “Capítulo III: “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 92.

revisión periódica del sistema, establecer un programa de formación de los directivos y empleados en el tema de *compliance*, revisión de las políticas internas, realizar las investigaciones internas, supervisar los procesos de auditoría externa de la empresa¹⁷⁷⁰. Cabe destacar que el canal de denuncias y a los procesos de investigación interna son obligaciones que solo deberá de cumplir en caso de que tenga indicios de que existe una situación que requiere su inmediata intervención¹⁷⁷¹.

Mientras que las funciones que debe ejecutar junto al órgano de administración de la empresa se encuentran: implementación de forma eficaz del programa de cumplimiento, identificar y gestionar los riesgos penales a todos los niveles, asegurarse de impartir formación de forma adecuada y regularmente en materia de *compliance*, realizar campañas de concientización a todos los miembros de la organización en materia de cumplimiento, implementar y gestionar el canal de denuncia, asegurarse de evaluar periódicamente el buen funcionamiento del programa y corregir sus posibles deficiencias¹⁷⁷².

Según la UNE 19601 el órgano de *compliance* debe ser responsable de las siguientes tareas: impulsar y supervisar la eficacia del programa de cumplimiento, asegurarse de que exista una formación adecuada de los empleados, promover que las responsabilidades en materia de cumplimiento sean incluidas dentro de los puestos de trabajo, establecer un programa de información y documentación de *compliance* penal, establecer los medios adecuados para recibir denuncias (*whistleblowing*), medir el desempeño del programa de cumplimiento, identificar y gestionar los riesgos penales, revisar el programa periódicamente, informar constantemente al órgano de gobierno sobre el cumplimiento de las políticas y procesos¹⁷⁷³.

Por otra parte, el DOJ entiende que las funciones del *compliance officer* deben incluir: revisar y cambiar el código de ética de la entidad, poder recomendar o establecer nuevas políticas

1770 PUYOL, Javier. “Capítulo III: “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”, en SAIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 205.

1771 DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo *Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción del Deber de Control: Una Aproximación Tópica*. en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. pp. 345, 356-357. Este deber no conlleva aparejada una obligación de denunciar a las autoridades judiciales al autor del delito, pero si una obligación de denunciarlo frente a la empresa.

1772 La UNE 19601 de 18 de mayo de 2017; y DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 166.

1773 Apartado 5.1.2 de la ISO 19601.

empresariales, control de presupuesto de ética y *compliance* de la empresa, capacidad de contratación del personal en posición de ética y cumplimiento, una posición que le permita estar involucrado en operaciones importantes de la empresa (contratación de proveedores, servicios, contratos, absorciones y adquisiciones de otras empresas), participar en eventos o capacitaciones realizadas por recursos humanos, posibilidad de diseñar informes de auditoría y recibir los informes de auditoría que otras personas realicen, capacidad de que los empleados puedan realizar preguntas sobre temas de *compliance* y capacidad de responderles, posibilidad de diseñar e implementar soluciones tecnológicas que permitan reforzar el programa y las funciones de *compliance*, capacidad de estar presente en reuniones de equipos como por ejemplo reuniones de ventas, posibilidad de hacer sugerencias sobre la estrategia de negocios¹⁷⁷⁴.

El DOJ es bastante claro en que la comprobación de la posición jerárquica y la capacidad de actuar del *compliance officer* es de suma importancia para establecer la efectividad o no del programa de *compliance*, esto conlleva que el oficial de cumplimiento deba contar con adecuados poderes para ejercer sus funciones, tenga verdadera autonomía y cuente con un presupuesto¹⁷⁷⁵.

Por su parte, el código penal español define una serie de características que deben regir al órgano de *compliance*: la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica¹⁷⁷⁶. Esto tiene como efecto que el *compliance officer* sea fundamentalmente un asesor de los que toman las decisiones de la empresa, es importante en este sentido que el *compliance officer* tenga la capacidad de decirle a un directivo las consecuencias de las decisiones que va a tomar.

Sobre este último aspecto se dio una situación en el ámbito deportivo profesional, en donde la *compliance officer* del FC Barcelona quiso investigar hechos relacionados con el denominado *Barçagate* y que fue despedida. Siendo que un proceso laboral se declaró que su despido fue

1774 Webinar Organizado por Ethisphere: “Session 2 Our Insights Series: Structuring and Resourcing Your Ethics and Compliance Program Effectively”. 16 de mayo de 2019.

1775 Ibidem. Siendo incluso que las autoridades revisan la cantidad de dinero invertido por la empresa en *compliance*.

1776 Art. 31 bis. 2. 2º código penal español.

declarado como “nulo”, ya que, se consideró que había sido ejecutado como una represalia en contra de las investigaciones realizadas¹⁷⁷⁷. Situación que encendió las alertas desde el punto de vista del verdadero cumplimiento con el programa de *compliance* por parte del club.

Respeto a quién podrá ejercer la posición el *compliance officer*, se ha establecido que él mismo deberá ser seleccionado adecuadamente, este deberá aceptar libremente las funciones que se le trasladan y se le deberá dotar de los medios necesarios para realizar sus funciones. Todo lo anterior tiene un importante peso ya que el oficial de cumplimiento ostenta un deber de garante que asume al aceptar la delegación de las funciones encomendadas a él, por lo tanto el *compliance officer* podrá ser imputado penalmente si incumple la labor de supervisión o de detección de riesgos que le hayan sido delegadas, por las cuales podría responder a título de autor o en otros casos como participe (por omisión como por ejemplo cuando decida no investigar un posible delito que se está cometiendo)¹⁷⁷⁸.

Otro aspecto importante es a quién debe reportar el *compliance officer*. En España se ha afirmado que debe reportar a los administradores y/o a la alta dirección sin establecerse una figura concreta, por su parte en Estados Unidos la experiencia afirma que el oficial de cumplimiento debe reportar a las más altas figuras de las empresas (CEO o presidente) *General Counsel* o *Chief Legal Officer*, (y solo en el 5% de los casos a la junta directiva)¹⁷⁷⁹. En el caso de empresas transnacionales se propone que cuando cuenten con oficinas en otros países, el oficial de cumplimiento de la filial debe reportar al *chief compliance officer* de la casa matriz¹⁷⁸⁰, además la empresa matriz sea la que pague el salario de los *compliance officers* de las distintas oficinas¹⁷⁸¹. Garantizando así la completa autonomía del oficial de cumplimiento de la empresa filial y una adecuada supervisión del *chief compliance officer* sobre los oficiales de cumplimiento en cada oficina. Lo anterior tiene sentido,

1777 Diario El Periódico: “El juez declara nulo el despido de Noelia Romero, la compliance que investigó el Barçagate”. 17 de septiembre de 2021. Se puede consultar en: <https://amp-elperiodico-com.cdn.ampproject.org/c/s/amp.elperiodico.com/es/deportes/20210917/juez-improcedente-despido-compliance-barca-noelia-romero-12089720>. (consultado por última vez 17/09/21); Diario Iusport, artículo “Noelia Romero: Seguiremos luchando por los profesionales del compliance”. 17 de septiembre de 2021. Se puede consultar en: <https://iusport.com/art/53085/noelia-romero-seguiremos-luchando-por-los-profesionales-del-compliance>. (consultado por última vez 17/09/21).

1778 LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al Oficial Ryan”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. pp. 301-334.

1779 Ibidem.

1780 Webinar Organizado por Ethisphere: “Session 2 Our Insights Series: Structuring and Resourcing Your Ethics and Compliance Program Effectively”. 16 de mayo de 2019.

1781 Ibidem.

especialmente con las amplias reglas de extraterritorialidad aplicadas por países como Estados Unidos de América y Reino Unido.

Otro aspecto importante es la frecuencia con la que el *compliance officer* reporta a la alta dirección de la empresa, tema que debe ser definido por la empresa. Entre los temas que debe reportar el oficial de cumplimiento y que por lo tanto ayuda a definir sus funciones destacan: informes del canal de denuncias, revisiones o cambios en el programa de *compliance*, tendencias o nuevos cambios en la industria de cumplimiento, entrenamiento y formación en materia de *compliance*, fallos identificados en el programa de *compliance* y en las políticas empresariales, estrategias para reducir o mitigar los riesgos, resultados de auditorías o revisiones realizadas al programa de *compliance*, resultados de análisis de riesgos realizados periódicamente, descripción de la cultura ética empresarial, riesgos asociados con la protección de datos, resultados de todas las investigaciones internas realizadas¹⁷⁸².

Una discusión importante que se ha generado es si el *compliance officer* puede tener responsabilidad jurídico penal por el incumplimiento de sus funciones (comisión por omisión); este tema ha cobrado bastante importancia desde que algunos jueces de instrucción citaron a declarar como investigados a varios oficiales de cumplimiento de diversas empresas¹⁷⁸³. Ya sea por ignorancia o desconocimiento en el tema o por estrategia procesal como forma de lograr pruebas en contra de la empresa y/o persona física realmente responsable, o por la costumbre de imputar al encargado de prevención de riesgos laborales y equiparar mentalmente de forma errónea tal figura a la del oficial de cumplimiento.

Pero este no es solo un tema de importante discusión (que sin duda su importancia aumentará en los próximos años) en España, sino que es un tema de basta reflexión en otros ordenamientos. Por ejemplo, en Alemania la jurisprudencia ha indicado que el *compliance officer* ostenta un deber de garante (de supervisión y vigilancia)¹⁷⁸⁴, es decir que se encuentra obligado a evitar que se cometan

¹⁷⁸² Ibidem.

¹⁷⁸³ El Juzgado Central de Instrucción de Madrid citó a declarar como investigados a 10 *compliance officers* del Banco Santander y del BNP Paribas por posibles delitos de blanqueo de capitales. Sobre esto: <http://www.eleconomista.es/ecokey/buen-gobierno/noticias/8439308/06/17/Diez-compliance-officers-citados-como-imputados.html>. (Consultado por última vez 17/07/2023).

¹⁷⁸⁴ PORTILLA, Guillermo. “Responsabilidad penal omisiva del órgano de cumplimiento de compliance”, en FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dir.) *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 229.

delitos por la empresa y que por lo tanto puede ser imputado penalmente¹⁷⁸⁵, a esta conclusión se llega mediante el entendimiento de que la dirección de la empresa es la que ostenta el deber de garante y la obligación de impedir que se cometan delitos, deber que se delega al *compliance officer*¹⁷⁸⁶.

En ese sentido ROBLES PLANAS considera que el *compliance officer* ostenta una posición de garante limitada y delegada por los órganos de dirección¹⁷⁸⁷, estos deberes son limitados ya que sus obligaciones se limitan a vigilar y controlar que la empresa actúe conforme a derecho y en caso de que suceda algo sospechoso o claramente delictivo deberá neutralizarlo o reportarlo a la dirección¹⁷⁸⁸. Sin embargo, la mera infracción al deber de vigilancia no es punible desde el punto de vista del Derecho penal, sino que requiere que producto de dicha infracción al deber, se cometa un delito y pueda responsabilizarse desde la imputación objetiva en virtud del quebrantamiento de un rol¹⁷⁸⁹. Para algunos autores esa imputación siempre va a depender adicionalmente de que el oficial de cumplimiento ostente una posición de protección de un bien jurídico o una posición de control sobre una fuente de peligro¹⁷⁹⁰. Por otra parte, deberá analizarse los escenarios en que el *compliance officer* reporte a la alta dirección y la misma no actúe para evitar el delito.

La base de la imputación penal posible es bastante discutida y difícil de fundamentar¹⁷⁹¹, podría recaer en un delito de omisión del deber impedir determinado delito (art. 450 CPE) u omisión de denuncia en otros ordenamientos, o también podría ser considerado partícipe, coautor o cooperador

1785 CARRIÓN, A/URQUIZO, G. “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU”, en AMBOS, K/CARO, D.C/MALARINO, E. (coordinadores). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y Cedpal de la Georg-August Universitat de Gotinga. 2015. p. 377-378; PRITTWITZ, Cornelius. “La posición jurídica (en especial posición de garante) de los compliance officers”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 212-213; DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Ed. Jurídica Continental. 2017. pp. 139-140.

1786 CARRIÓN, A/URQUIZO, G. “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU”, en AMBOS, K/CARO, D.C/MALARINO, E. (coordinadores). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y Cedpal de la Georg-August Universitat de Gotinga. 2015. p. 380.

1787 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. pp. 273-274.

1788 Ibidem. p. 280; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 220.

1789 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. pp. 218 y 219; y FEJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho penal de la Empresa e Imputación Objetiva*. Ediciones Olejnik. 2017. p. 73

1790 PORTILLA, Guillermo. “Responsabilidad penal omisiva del órgano de cumplimiento de compliance”, en FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dir.) *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 252.

1791 LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021. p. 114.

necesario en el delito concreto¹⁷⁹², sin olvidar que en la práctica la imputación de delitos a sujetos con posición de garantes es sumamente compleja. Por lo que para una acusación formal y objetivamente fundamentada de un *compliance officer*, pareciera ser bastante difícil.

Por su parte los profesores GÓMEZ-ALLER Y LASCURAÍN SÁNCHEZ han analizado con detenimiento una serie de posibles escenarios de imputación penal del *compliance officer*¹⁷⁹³:

- I. Omisión ante un delito que se puede llegar impedir (de forma presente o futura): cuando el *compliance officer* tiene conocimiento de un delito que se va a ejecutar o que se encuentra en ejecución, (delito aun no consumado o delitos continuados) y pese a su posición de garante no hace nada para interrumpir o impedir el hecho delictivo.
- II. Omisión de una conducta que habría obstaculizado el delito: en estos casos se plantea los escenarios en que el *compliance officer* omitió abrir una investigación o remitir la información a las autoridades, favoreciendo o tolerando por omisión la comisión del hecho delictivo.
- III. Como autor cuando el oficial de cumplimiento ostente inadecuadamente la posición de garante e incumple su labor de supervisión o la labor de detección de riesgos.
- IV. Como participe si decide no investigar un delito que se está cometiendo o se va a cometer.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que existen muchas interrogantes sobre el tema de la posible imputación penal del *compliance officer*, adicionalmente para lograr completar ese análisis y determinar esas posibles responsabilidades, será necesario estudiar cada caso en concreto en virtud de sus condiciones y características específicas, por lo que no se puede generalizarse llegando a posiciones extremas que afirmen que nunca se podrá imputar al *compliance officer* o que siempre se deberá imputar, dando paso a una famosa respuesta de los abogados: “depende”.

1792 *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. pp. 283 y 284; LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021. pp. 108-113; PORTILLA, Guillermo. “Responsabilidad penal omisiva del órgano de cumplimiento de compliance”, en FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dirs.) *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 242; por su parte BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023. pp. 213-230, analiza todos los posibles escenarios de autoría y participación que han sido establecidos para la persona jurídica.

1793 ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014. pp. 180-185; y LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Salvar al Oficial Ryan*. en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edfisofer SL e IB de F. 2014. pp. 326, 328-331

2.8 Implementación de canales de denuncia (*Whistleblowing*)¹⁷⁹⁴

Los canales de denuncias y las investigaciones internas son dos elementos esenciales programa de *compliance*¹⁷⁹⁵; funcionalmente se podría afirmar que ambos se encuentran unidos y por lo tanto deben funcionar de forma sincronizada, pero para analizar dichos elementos de una forma más completa se suelen dividir en dos temas independientes, por lo que se procederá a su análisis de forma separada.

Whistleblowing se traduce literalmente como “tocar el silbato”¹⁷⁹⁶, y hace referencia al mecanismo utilizado en las antiguas prisiones para alertar que un reo se estaba escapando; en el caso de las empresas para alertar que algo anormal está sucediendo¹⁷⁹⁷. Transparencia Internacional lo define como: *la divulgación de información sobre un delito percibido en una organización, o el riesgo de esta a individuos o entidades que se cree que pueden realizar una acción*¹⁷⁹⁸.

A nivel operativo, algunos autores destacan dos objetivos principales para los canales de denuncia.

1. Facilitar el proceso de formular denuncias mediante un canal de fácil acceso y que sea seguro para el denunciante, 2. Proteger a los denunciantes de venganzas por sus denuncias¹⁷⁹⁹. Sin embargo, no se debe olvidar que el principal objetivo del canal de denuncias es que la empresa pueda obtener información. Y es que en el mundo de los negocios la “información lo es todo”, y en las investigaciones internas y en el proceso penal la información también es vital. Recordando que, en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en algunos países, el procedimiento penal se convierte en una carrera entre las partes para obtener la mayor cantidad de información en el menor tiempo posible con el objetivo de lograr una posible atenuante o eximente.

1794 También recibe los nombres de canal ético de denuncias, canal ético, buzón ético, *Fraud & Ethics Line*, entre otros.

1795 NIETO MARTÍN, Adán. “Internal investigations, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process”, en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 74.

1796 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 19.

1797 Ibidem.

1798 Transparencia Internacional: “Recommended draft principles for whistleblowing legislation”. Noviembre 2009. Se puede consultar en: https://www.transparency.org/files/content/activity/2009_PrinciplesForWhistleblowingLegislation_EN.pdf.

1799 VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022. p. 15.

El sistema de *whistleblowing* es un mecanismo que permite a la empresa obtener información antes que las autoridades¹⁸⁰⁰, lo que se traducirá en la posibilidad de inclinarse por autodenuncia o colaboración ante las autoridades y por lo tanto en el beneficio de cara a la imposición de la pena. Siendo que también la empresa puede obtener la información para litigar, estrategia que no es recomendada.

El *Whistleblowing* no es nuevo, en España, por ejemplo, ha sido utilizado por entidades como la Agencia Tributaria, el SEPBLAC, agencias antifraude y otras¹⁸⁰¹. Pero en todos los casos nace como una necesidad político-criminal ante la dificultad por parte de las autoridades de investigar delitos tanto en empresas como en la administración pública¹⁸⁰². Recientemente, la Ley 2/2023, de 20 de febrero, establece la obligación de que las empresas cuenten con canales de denuncias¹⁸⁰³.

Con el paso del tiempo se ha convertido en uno de los mecanismos más utilizado para la detección de delitos económicos y financieros en los países anglosajones, especialmente en su país de origen, EEUU. Por lo que el legislador anglosajón ha establecido la obligatoriedad de que ciertas empresas cuenten con dichos sistemas, por ejemplo, en Reino Unido la *Bribery Act* de 2010 obliga a las empresas a implementar el canal de denuncia, para evitar cometer el delito de incumplimiento de las empresas de su obligación de evitar el soborno. Mientras que, en EEUU, la *Sarbanes-Oxley* de 2002 exige a las empresas públicas y sus filiales en Estados Unidos, así como a toda empresa (tanto locales como extranjeras) que cotice en las bolsas de EEUU a contar con procedimientos para la recepción de denuncias. También en otros países, algunos con cierta influencia anglosajona, se ha decretado obligatorio que ciertas empresas (especialmente cotizadas) cuenten con este tipo de sistemas, por ejemplo, en Noruega desde 2007 es obligatorio que toda empresa cuente con un sistema de *whistleblowing*.

1800 NIETO MARTÍN, Adán. "Internal investigations, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 74.

1801 ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 217.

1802 RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. *El Fomento de las Denuncias como Instrumento de Política Criminal Contra la Criminalidad Corporativa: Whistleblowing Interno vs. Whistleblowing Externo*. en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edfisofer SL e IB de F. 2014. p. 459; y NIETO MARTÍN, Adán. "De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción", en NIETO, A/ MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 28.

1803 Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, esa ley conlleva la adopción al ordenamiento español de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019 al Derecho español.

Por otra parte, resulta necesario proteger al denunciante frente a represalias, de otra forma, no se denunciarían los hechos por miedo a represalias y persecución dentro de la organización¹⁸⁰⁴. Incluso algunos ordenamientos pueden llegar a recompensarlo económicamente por su denuncia. Los países anglosajones son los que se han tomado este tema en serio, y para lograrlo han implementado algunas leyes: *False Claims Act* de 1863 (conocida como *Lincoln Law* todavía vigente y mediante la cual se permite recompensar económicamente al denunciante¹⁸⁰⁵). Respecto a la protección del denunciante se ha establecido la *Lloyd-La Follete Act* de 1912, *Securities Act* de 1933¹⁸⁰⁶, *Securities Exchange Act* de 1934¹⁸⁰⁷, *Investment Company Act* de 1940¹⁸⁰⁸, la *Whistleblower Protection Act* de 1989, *Sarbanes-Oxley Act* de 2002¹⁸⁰⁹, *Consumer Product Safety Reform Act* de 2008, y la más reciente e importante *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de 2010¹⁸¹⁰, todas estas en EEUU¹⁸¹¹, mientras que en el Reino Unido se estableció

1804 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 255.

1805 Por ejemplo, un policía de Michigan en Estados Unidos recibió \$5.8 millones por denunciar la compra deficiente de chalecos antibalas, la empresa responsable tuvo que pagar \$66 millones para evitar ir a juicio. Sobre esto: FCPA Blog: “Michigan cop awarded \$5.8 million for blowing whistle on defective body armor”. 23 de marzo de 2018. Se puede consultar en: http://www.fcpcblogger.com/blog/2018/3/23/michigan-cop-awarded-58-million-for-blowing-whistle-on-defective.html?utm_source=feedburner&utm_medium=feed&utm_campaign=Feed%3A+fcpcblogger%2FsLbh+%28The+FCPA+Blog%29.

1806 Section 20(d)(3)(A).

1807 Section 21F.

1808 Section 42(e)(3)(A).

1809 Que Obliga a las empresas cotizadas en bolsa a contar con un programa de *whistleblowing*, sobre esto: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. p. 164.

1810 La Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act de 2010 buscan una mejor protección del mercado y de los inversionistas para lo cual establecen importantes cambios entre los que destacan: la regulación sobre la labor gubernamental de vigilancia y supervisión de instituciones financieras, la compensación económica de altos directivos de entidades financieras, nuevas protecciones para los consumidores e inversores, supresión de mecanismos de rescate gubernamental de las llamadas entidades “*too big to fail*” (and *too big to jail*), una mayor transparencia y rendición de cuentas de las entidades financieras, la creación de un registro público de todos los asesores de fondos privados de inversión y la aplicación efectiva de la regulación existente en materia de contabilidad para entidades financieras. Así como importante regulación para la compensación de los ejecutivos. Sobre dicha ley: GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. “El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act.”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013 p. 131 a 142; BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. Artículo: BLUMENBERG, Axel-Dirk. *Market Manipulation and Compliance*. 2014. p. 160; WALSH, M/LOWRY, J. “CSR and Corporate Governance”, en MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. p. 49; KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 177.

1811 Además de estas leyes existen otras legislaciones en diversas áreas que protegen a los whistleblowers de distintos ámbitos económicos como: *Water Pollution Control Act* de 1972, *Safe Drinking Water Act* de 1974, *Toxic Substances Control Act* de 1976, *Solid Waster Disposal Act* de 1976 y *Clean Air Act* de 1977, (todas sobre regulación ambiental y en las que se protegía a los denunciantes por creer que son las principales fuentes para evitar tragedias medio-ambientales), *Energy Reorganization Act* de 1974 (industria nuclear), *Food Safety Modernization Act* de 2010 (industria alimenticia), *Occupational Safety and Health Act* de 1970 (riesgos laborales), *Mine Health and Safety Act* de 1996 (extracción en minas), *Aviation Investment and Reform Act* de 2000 (aviación), *Surface Transportation Act*, *National Transit Systems Security Act* y *Railroad Safety Labor Act*, todas de 2007 (transportes), *Military Whistleblower Protection Act* de 1988 (militar), entre otras. Sobre esto: MARTIN KOHN, Stephen. *The whistleblower's handbook*. Ed. Lyons Press. 2011. p. 38-47.

la *Public Interest Disclosure Act* de 1998¹⁸¹². Cabe destacar que las más importantes leyes en esta materia adoptadas por los EEUU en los últimos años se han debido a importantes escándalos financieros¹⁸¹³.

Entre las medidas concretas implementadas por la legislación norteamericana a favor de los canales de denuncia se pueden destacar: 1. Imposición de un deber de denuncia para los empleados, asimismo otras personas pueden denunciar de forma voluntaria como potenciales empleados, contrapartes en transacciones, clientes, vendedores, parte contrario en un litigio, periodista o incluso académicos¹⁸¹⁴, 2. Recompensas económicas de hasta del 30% del monto recuperado¹⁸¹⁵, por ejemplo, entre 1987 y 2010 el Gobierno Federal premio a denunciantes con un total de \$2.877 billones¹⁸¹⁶, 3. Ofrecimiento de protección, en el sistema estadounidense los denunciantes son protegidos y se establecen penas de hasta 10 años de prisión contra quien tome algún tipo de represalia contra ellos; 4. Ofrecimiento de beneficios penales, este último incentivo se plantea en los escenarios en que la persona que denuncia haya tenido una participación activa en hecho

1812 En Alemania el 77% de las empresas establece algún tipo de protección de forma expresa en sus programas de *compliance*. sobre esto: ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. pp. 196 y 197.

1813 Por ejemplo la *Sarbanes-Oxley Act* de 2002 fue implementada como consecuencia del escándalo Enron/Andersen, mientras que la *Consumer Product Safety Reform Act* y la *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* fueron motivadas a la crisis económica mundial y al famoso esquema ponzi de estafa piramidal por \$20 billones realizado por *Bernard Madoff*. MARTIN KOHN, Stephen. *The whistleblower's handbook*. Ed. Lyons Press. 2011. p. 2.

1814 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 33. Hay algunos sujetos que sí bien pueden denunciar no son candidatos para recibir el premio, entre ellos las personas encargadas de auditoría y el *compliance officer*.

1815 *Section 748: "Commodity whistleblower incentives and protection"* de la *Dodd-Frank Wall Street Reoform and Consumer Protection Act* de 2010: *IN GENERAL.—In any covered judicial or administrative action, or related action, the Commission, under regulations prescribed by the Commission and subject to subsection (c), shall pay an award or awards to 1 or more whistleblowers who voluntarily provided original information to the Commission that led to the successful enforcement of the covered judicial or administrative action, or related action, in an aggregate amount equal to '(A) not less than 10 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions; and '(B) not more than 30 percent, in total, of what has been collected of the monetary sanctions imposed in the action or related actions'*"; y en el FCPA Blog: "SEC announces \$2.5 million whistleblower award to government employee". 25 de julio de 2017. Se puede consultar en: <http://www.fcpablog.com/blog/2017/7/25/sec-announces-25-million-whistleblower-award-to-government-e.html>; KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014. p. 177; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 35: Hay algunos sujetos que sí bien pueden denunciar no son candidatos para recibir el premio: 1. Autoridades, 2. Agente públicos extranjeros, 3. Personas con antecedentes penales, 4. Personas que obtuvieron la información por medio de la realización de una auditoría a una empresa, y 5. Personas que realizan una denuncia falsa o ficticia.

1816 MARTIN KOHN, Stephen. *The whistleblower's handbook*. Ed. Lyons Press. 2011. p. 5.

delictivo¹⁸¹⁷. La idea central es que el denunciante pueda confiar plenamente el sistema, ya que este será un factor determinante para que se atreva a denunciar¹⁸¹⁸.

Por otra parte, de la mano de la expansión internacional que ha sufrido el *compliance*, la figura de los canales de *whistleblowing* también se han expandido a otros países, principalmente por dos motivos tal y como destaca RAGUÉS VALLÈS: por la necesidad de las filiales de empresas norteamericanas a incorporar dicha función, y en segundo lugar por diversos tratados internacionales que así lo sugieren¹⁸¹⁹, ejemplo de lo anterior es la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción establece que los Estados deben garantizar medidas que protejan a las personas que denuncien de buena fe y con motivos razonables¹⁸²⁰. Adicionalmente desde 2004 la OCDE mediante el documento Principios del Gobierno Corporativo incluyó entre sus recomendaciones establecer medios seguros e idóneos para denunciar prácticas ilegales¹⁸²¹, mientras que la Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo tiene por objetivo la *protección de los denunciantes*¹⁸²².

Todo ese ordenamiento alrededor del tema de los canales de denuncia, han incidido directamente en cómo deben funcionar. Un aspecto destacado es que se recomienda que los programas de *compliance* establezcan un deber de obligación de denuncias para los empleados en el contrato de trabajo además de incluir en el apartado de sanciones el castigo por incumplir con la obligación de

1817 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “El Fomento de las Denuncias como Instrumento de Política Criminal Contra la Criminalidad Corporativa: Whistleblowing Interno vs. Whistleblowing Externo”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dir.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. pp. 460-464; y PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. p. 20; y GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. “El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act.”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 137-138.

1818 GREENBERG, Michael D. *For whom the whistle blows*. Center for Corporate Ethics and Governance. 2011. p. 19; HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. pp. 523.

1819 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 29.

1820 Art. 33 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2004.

1821 p. 47 del documento que se puede consultar en: <https://www.oecd.org/daf/ca/corporategovernanceprinciples/37191543.pdf>. La última versión de 2015: <https://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf>. Sobre esto: RAGUÉS VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. p. 165.

1822 Enlace a la Directiva: <https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>.

denunciar¹⁸²³. Sin embargo, existe posiciones críticas relativas a si se deben implementar deberes de denuncia¹⁸²⁴, e incluso se podría discutir su validez legal en algunos ordenamientos.

Respecto a los objetivos del canal de denuncias dependerá de la intención que la organización quiera darle, pero debería de ser acorde a los lineamientos establecidos en el código de conducta. Por ejemplo, en entidades cotizadas la atención se puede centrar en que los empleados denuncien irregularidades financieras o contables¹⁸²⁵. Sin embargo, la mayoría de empresas por lo general incluyen también los siguientes objetivos para el canal del denuncias: prevenir y detectar eventos de fraude y corrupción, actos ilegales y conductas indebidas, realizar consultas y solicitar aclaraciones sobre dilemas éticos o conflictos de interés, gestionar los reportes y realizar su oportuna verificación de acuerdo con el protocolo de verificación de reportes recibidos a través del canal ético, el cual fue aprobado por el comité de auditoría y riesgos de la empresa, tomar las acciones preventivas, de mejora de los procesos y del ambiente de control, controlar la propia actividad de la empresa, herramienta necesaria de cara a aplicar el régimen disciplinario, obtener información para poner en conocimiento de las autoridades (*disclosure and collaboration*), mejorar los procesos internos de la empresa, entre otros. Adicionalmente se deben incluir denunciar relativas al uso de inadecuado de tecnologías, especialmente en la sociedad de la inteligencia artificial. Todos esos objetivos guardan relación con los cuatro principios fundamentales que deben regir los canales de denuncia: 1. *Objetividad*, 2. *Reacción* 3. *Opinión* y 4. *prevención*¹⁸²⁶.

Por otra parte, la empresa deberá de decidir si implementa un canal de denuncias interno (gestionado por un departamento con autonomía funcional y orgánica dentro de la misma empresa) o si decide contar con un canal de denuncias externalizado, por medio de proveedores externos (*como despachos de abogados o consultores*)¹⁸²⁷. Entre las razones para escoger un canal externo

1823 Tal y como sucede en los artículos en materia de prevención de riesgos laborales en donde los empleados tienen la obligación de denunciar supuestos que puedan poner en riesgo la seguridad de los trabajadores, de acuerdo con los artículos 23 y 29.4 de la ley de prevención de riesgos laborales

1824 Algunas de estas posiciones críticas son recogidas por RAGUÉS I VALLÈS en: RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. pp. 168-170.

1825 Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (CNMV). “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, de 22 de mayo de 2006.

1826 PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. p. 13.

1827 Los canales de denuncia en La Liga Española de Fútbol deberían ser externos. Sobre esto: FERNÁNDEZ, J.L/LÓPEZ, R. *Fútbol responsable*. Ed. Reus. 2020. p. 188.

están: la seguridad del anonimato de los denunciantes, tratamiento objetivo e independiente por las denuncias, alta especialización del personal a cargo de la investigación¹⁸²⁸.

Se ha identificado que implementar canales de denuncias externos genera varios beneficios para las entidades: 1. Se garantiza la confidencialidad y la seguridad tanto para el denunciante como para la empresa, 2. puede reducir considerablemente los fraudes cometidos en la empresa, 3. Informes de las investigaciones con mayor objetividad realizados por expertos, 4. Promoción de una buena cultura ética dentro de la empresa, 5. Disminución de costes operativos (más económico que un canal interno)¹⁸²⁹, 6. Ejercer el debido control sobre lo empleados y la entidad en general¹⁸³⁰.

Por el contrario, para algunos autores, si la empresa se decide por establecer un canal de denuncias interno, ese deberá cumplir con varias características: 1. Que sea compuesto por personas con formación específica en la materia, 2. Que el departamento y sus funcionarios se encuentren separados de otros departamentos (la ya mencionada autonomía orgánica), 3. Que se cuente con los mecanismos necesarios que garanticen que la información tratada se transmita exclusivamente a las personas intervinientes en la investigación¹⁸³¹.

Con independencia del mecanismo que finalmente seleccione la empresa, ese deberá contar con una serie de características, entre las que destacan: respaldo de la dirección de la empresa, estar documentado, la alta dirección debe garantizarse que no habrá represalias contra los denunciantes¹⁸³², que se seleccione a las personas idóneas que estarán a cargo de gestionar el canal de denuncias¹⁸³³, deben realizarse informes de todas las denuncias que se reciben, debe cumplirse con la normativa de protección de datos, entre otras.

1828 Ibidem. p. 628.

1829 Documento de PWC España: “Canal de denuncias. Más allá de las palabras”. Se puede consultar en <http://www.pwc.es/es/soluciones/consultoria/assets/canal-de-denuncias-pwc.pdf>. Este documento habla de los 5 primeros puntos.

1830 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 109. Quien destaca que el no ejercer el debido control es uno de los requisitos de imputación penal de la empresa de acuerdo con el art. 31 bis 1 inciso II.

1831 GOÑI SEIN, José Luis. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programas): Aspectos Laborales” en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p.406.

1832 Apartado 5.1.3 i) de la ISO 19601.

1833 ARMENTIA MORILLAS, Paula. “Canal de denuncias”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. pp. 615 a 619.

Otro aspecto muy importante es que la empresa debe dar publicidad al canal de denuncias para que los empleados conozcan su existencia, confíen en el mecanismo y puedan interponer denuncias. Otro aspecto que debe decidir la entidad es si considera necesario y permitir que terceros también puedan denunciar (clientes, consumidores, proveedores, entre otros)¹⁸³⁴, algunos autores consideran que para garantizar la efectividad del canal de denuncias debe establecerse una canal de denuncias abierto para terceros¹⁸³⁵. Asimismo, el funcionamiento adecuado del canal de denuncias debe ser revisado por lo menos una vez al año¹⁸³⁶.

Respecto a los medios para presentar las denuncias, se recomienda habilitar la mayor cantidad posible de medios, como pueden ser: llamadas telefónicas, medios informáticos (correo electrónico, formulario en internet, redes sociales, WhatsApp, entre otros) o buzones físicos. En cualquiera de los casos el sistema o sistemas que se seleccionen deben ser utilizados solo para ese fin, y lo más importante que se garantice que solo las personas expresamente autorizadas puedan acceder a la información de las denuncias¹⁸³⁷. En ese sentido se han establecido una serie de requisitos desde el punto de vista del sistema informático para asegurar la protección de los datos de carácter personal de la persona denunciante, requisitos que pueden ser extendidos como parte de una política de control de riesgos informáticos dentro de toda la empresa o entidad; estos requisitos son: 1. Identificación de los equipos específicos para los usuarios con acceso autorizado, 2. Datos cifrados, 3. Copias de seguridad y protocolos de recuperación de datos¹⁸³⁸, 4. Registro de accesos a los sistemas, 5. Bloqueo de puertos USB y otros que permitan introducir sistemas de almacenamiento, 6. Auditorías externas, 7. Sistema de acceso escalonado según permisos otorgados¹⁸³⁹.

1834 Ibidem. p. 614; MANDRÍ ZÁRATE, Jesús. “Los canales de denuncia como parte integrante de los programas de compliance”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p.255; ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 228.

1835 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. p. 180.

1836 PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. p. 279.

1837 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 134.

1838 Para lo cual se recomienda no solo con copias de seguridad en la misma empresa sino en servidores ubicados en otro lugar distinto a la empresa; práctica que se puso después del 11 de septiembre de 2001 ya que muchas empresas perdieron miles de documentos por no tener respaldo informático en otro sitio distinto a las torres gemelas.

1839 Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, Título VIII, la lista es enumerada en RALLO LOMBARTE, Artemi. “Whistleblowing (sistemas internos de denuncia) y Protección de datos”. Cuadernos de Derecho para Ingenieros Vol. 14. Cumplimiento Normativo. Compliance. 2012, Citado por GOÑI SEIN, José Luis. “Programas de Cumplimiento Empresarial

Por otra parte, el procedimiento a seguir respecto al canal de denuncias es el siguiente: 1. Recepción de la denuncia, 2. Obtener información preliminar de la denuncia, 3. Categorizar la denuncia, 4. Documentar la denuncia, 5. Asignarle un código a la denuncia, 6. Clasificar la denuncia, 7. Determinar la severidad de la denuncia, 8. Presentar reportes estadísticos, 9. Enviarse al órgano encargado de realizar las investigaciones para que proceda a realizar la investigación interna.

Algunos autores como PUYOL destacan la importancia del canal de denuncias por su colaboración en la lucha contra la corrupción, ya que grandes escándalos de corrupción han salido a la luz gracias al uso de estos canales¹⁸⁴⁰, y más del 42% de los fraudes internos en las empresas se detecta gracias a los canales de denuncia¹⁸⁴¹. Lo anterior, visto desde la perspectiva del ámbito deportivo, se vuelve muy importante, en virtud de que existe una gran dificultad de detectar los delitos cometidos en ese ámbito.

Sin embargo, no todo son aspectos positivos, también pueden presentarse ciertos problemas, por ejemplo: el uso de los canales de denuncia son las llamadas denuncias de mala fe, por lo que debe prohibirse de forma expresa y castigarse las denuncias falsas¹⁸⁴². Para ello debe tomarse la previsión en el régimen disciplinario de la empresa y sancionar ese tipo de conductas. Sin embargo, la solución no siempre es tan sencilla, por ejemplo, en el caso de que el denunciante sea un tercero ajeno a la empresa el escenario cambiará dramáticamente y deberán encontrarse otros mecanismos para penalizar al denunciante.

Otro aspecto importante para considerar es la protección de datos de los denunciantes, la legislación española establece que los canales de denuncia pueden ser confidenciales y desde 2018 también anónimos¹⁸⁴³; pero en cualquier caso deberá evitarse eventuales represalias contra los

(Compliance Programas): Aspectos Laborales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edifisofer SL e IB de F. 2014. p. 408.

1840 CASAS, K/CARTER, M. “Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America”. Rule of Law Report February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas. p. 23. Los autores citan el conocido caso Penta en Chile, en donde la denuncia de supuestos delitos fiscales y de soborno por parte de la empresa Penta fueron realizados mediante un mecanismo de *whistleblowing*.

1841 PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017. p. 98; OLCINA, Enric. “Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa.” Rev. de Contabilidad y Dirección. Número 23. Año 2016. p. 20; RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 36. Este último autor indica que en EEUU la cifra alcanza el 54% mientras que en Alemania el 47%.

1842 GARCÍA MORENO, Beatriz. “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 52.

1843 Ley Orgánica 3/2018, Art. 24.1

denunciantes¹⁸⁴⁴. Según la AEPD los datos de las personas denunciantes podrán conservarse únicamente por un tiempo prudencial y una vez terminada la investigación interna deberán ser eliminados de los ficheros en un plazo no mayor a dos meses¹⁸⁴⁵, a menos que la investigación concluya con que los hechos denunciados son verdaderos y se deba iniciar un proceso judicial. En ese caso, deberá esperarse a que termine el proceso laboral, penal o administrativo para poder eliminar los ficheros. La AEPD considera que podrán ser revelados los datos de las personas denunciantes únicamente bajo un supuesto de una evidente denuncia de mala fe que tuviese como objetivo claro el dañar a la persona denunciada¹⁸⁴⁶.

Desde el punto de vista de responsabilidad penal, es importante identificar las posibles situaciones que pueden darse respecto a personas que no denuncian cuando les reviste un deber de denuncia, especialmente si se el delito se continúa dando (delitos continuados), o cuando se trate de un delito a futuro (actos preparatorios), ya que en caso de no denunciar el sujeto puede ser imputado a título de comisión por omisión o cooperador necesario del delito en cuestión¹⁸⁴⁷. Especialmente, en España los canales de denuncia no son del todo nuevos, por ejemplo, las grandes empresas desde hace varios años cuentan con canales para la denuncia de conductas de acoso¹⁸⁴⁸, además el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas establece la recomendación de que las empresas cuenten con mecanismos para que sus empleadas puedan denunciar¹⁸⁴⁹.

Sin embargo, el escenario práctico en España es bastante distinto a lo que sucede en EEUU. En primer lugar, en la cultura española los canales de denuncia tienen una connotación social y

1844 RODRÍGUEZ, Gustavo. “Recepción de denuncias, investigación interna y obtención de evidencias”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 668. Esto de acuerdo con el Dictamen 1/2006 sobre la aplicación de las normas de la Unión Europea relativas a la protección de datos en programas internos de denuncias, Sobre esto: RAGÜÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 177-184.

1845 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “*Compliance y derechos de los trabajadores*”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. . Ed. Marcial Pons. 2013. p. 142.

1846 SARACÍBAR, E/GONZÁLEZ, Carlos. “Privacidad y protección de datos?”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 217.

1847 RAGÜÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 171.

1848 GARCÍA MORENO, Beatriz. “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración”. en NIETO, A/ MAROTO M. (Drs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 44.

1849 Comisión Nacional del Mercado de Valores de España. (2015 el original es de 2006). “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”. p. 26.

empresarial de que la persona que denuncia es un “chivato” en el cual no se puede confiar¹⁸⁵⁰. Como se mencionó previamente en 2019 se aprobó la Directiva UE 2019/1937, una importante Directiva del Parlamento Europeo y Del Consejo de Europa, relativa a la protección de las personas que informen sobre *infracciones del Derecho de la Unión*¹⁸⁵¹, que pretende lograr una protección uniforme en los distintos países de la Unión¹⁸⁵². Esa directiva busca proteger a los denunciantes de hechos tanto a nivel de empresas como en entidades de derecho público¹⁸⁵³. Concretamente el art. 14 de dicha directiva establece de forma tácita la prohibición de represalias contra los informantes, entre las formas de represalia más importantes que protege son: suspensión, despido, destitución o medidas equivalentes, degradación o denegación de ascensos, cambio de puesto de trabajo, cambio de ubicación del lugar de trabajo, reducción salarial o cambio del horario de trabajo, imposición de cualquier medida disciplinaria, amonestación u otra sanción, incluidas las sanciones pecuniarias, coacciones, intimidaciones, acoso u ostracismo en el lugar de trabajo, discriminación, marginación o trato injusto¹⁸⁵⁴. Sin embargo, se requiere un importante cambio de cultura respecto a la figura del denunciante y una verdadera protección a nivel práctico.

1850 En España la denuncia es concebida de otra forma, como un acto de deslealtad con la empresa y no existen mecanismos encaminados a proteger a las personas que denuncien hechos delictivos ni en entidades públicas mucho menos en privadas. Para muestra: Reportaje Periódico El País, “El español medio piensa: idiota tenías que haber cogido el dinero. Tú te lo has buscado”. Reportaje de 10 de febrero de 2017, se puede consultar en: https://elpais.com/politica/2017/02/10/actualidad/1486717372_302660.html. En donde las tres personas que denunciaron la llamada trama Gurtell narran como les ha arruinado su vida profesional y personal haber realizado las denuncias de corrupción y la estigmatización que han sufrido desde entonces en el ámbito laboral, lo que deja en evidencia la poca cultura anticorrupción que existe en España.

1851 Directiva UE 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión. En el artículo 4 establece: la cual destaca por establecer la obligación de contar con canales de denuncias internas para empresas privadas que cuenten con: más de 50 empleados, empresas con un volumen superior a los diez millones de euros, empresas que operen en el ámbito financiero o en un ámbito vulnerable para el blanqueo de capitales; mientras que para personas jurídicas la obligación aplica para la Administración del Estado, la Administración regional y provincial, municipios de más de diez mil habitantes y otras entidades de derecho público. Para la gran mayoría de entidades profesionales del ámbito deportivo esta directiva aplicara, ya que muchas cumplen con los primeros requisitos, y ámbitos como el fútbol son considerados como vulnerables para el blanqueo de capitales. El autor ALAPONT analiza de forma extensa el alcance de la directiva en su obra: ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. pp. 268 y ss.

1852 Adicionalmente la Unión Europea estableció en su Regulación contra el Abuso del Mercado, la necesidad de ofrecer protección a los denunciantes y la posibilidad de los Estados de proveer premios económicos a los denunciantes. Sobre esto: HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015. p. 524.

1853 MARTÍNEZ, D/ABRIL, J/RODRÍGUEZ, E/REYES, L. “La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos”. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 53, 2019. p 27.

1854 Adicionalmente se incluyen también: no conversión de un contrato de empleo temporal en permanente, denegación de formación, evaluación o referencias negativas con respecto a sus resultados laborales, no renovación o rescisión anticipada de un contrato de trabajo temporal, danos, incluidos a su reputación, o pérdidas económicas, incluidas la pérdida de negocio y de ingresos, inclusión en listas negras sobre la base de un acuerdo sectorial, formal o informal, que implique que en el futuro la persona no encontrará empleo en dicho sector, resolución anticipada o cancelación de contratos de bienes o servicios; anulación de un permiso o autorización.

Como consecuencia de la Directiva UE 2019/1937, España aprobó la L 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Esa ley viene a regular los canales de denuncia en España, pero principalmente viene a establecer la obligación de medidas de protección a favor de los denunciantes¹⁸⁵⁵.

En virtud de que algunos autores consideran que la eficacia de los canales se mide por la protección que se les garantice a los denunciantes¹⁸⁵⁶; sin embargo, la realidad de los canales de denuncia en España pareciera ser que ingresan muchas quejas laborales y pocas situaciones de corrupción, y que todavía no se ha dado el cambio de cultura empresarial que lleve a ver los canales de denuncia como algo positivo¹⁸⁵⁷.

Por último, en el ámbito meramente deportivo, son pocas las entidades deportivas profesionales que han implementado canales de denuncia. El caso más destacado es el canal de denuncias de la FIFA creado en 2012, y que fue copiado por el COI con el llamado *IOC Integrity and compliance Hotline*, ambos canales son abiertos a terceros es decir cualquier persona puede denunciar hechos que considere que constituyen manipulación de las competiciones, afectación a la integridad, corrupción, acoso y abuso sexual en el deporte¹⁸⁵⁸. El FC Barcelona es un ejemplo de un club que ha implementado ese mecanismo como parte de su programa de *compliance*, sin embargo, las denuncias recibidas cuadruplican las que suele recibir una empresa de igual tamaño que el club¹⁸⁵⁹, lo cual por una parte es positivo porque los colaboradores efectivamente lo utilizan, pero también deja en evidencia que existen situaciones que llaman la atención de los trabajadores y los lleva a plantear denuncias.

¹⁸⁵⁵Tal y como lo establece el art. 15 de la Directiva UE 2019/1937.

¹⁸⁵⁶ GARCÍA MORENO, Beatriz. “Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración”, en NIETO, A/ MAROTO M. (Dir.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. p. 55; RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. pp. 59-60.

¹⁸⁵⁷ Diario El Confidencial: “Los denunciantes desconfían: a los canales llega mucha queja laboral y poca corrupción”. 09/07/2023. Se puede consultar en: https://www.elconfidencial.com/juridico/2023-07-09/los-denunciantes-desconfian-en-los-canales-entra-mucha-queja-laboral-y-poca-corrupcion_3691739/. (Consultado por última vez: 21/07/2023).

¹⁸⁵⁸ FIFA hotline: <https://www.bkms-system.net/bkwebanon/report/clientInfo?cin=6fifa61&language=eng>
COI hotline: https://secure.registration.olympic.org/en/issue-reporter#_ga=2.56752931.889814165.1509998229-1230368234.1509998229. Un caso que no fue cometido en el ámbito deportivo pero que ha sido ampliamente conocido fue el caso de Dani Alves, quien fue condenado por el delito de violación.

¹⁸⁵⁹ Diario deportivo Marca: “El Barça cuatuplica las denuncias internas de una empresa de su tamaño”. 16 de noviembre de 2021. Se puede consultar en: <https://www.marca.com/futbol/barcelona/2021/11/16/6194007f268e3e9b6b8b45c3.html> (consultado por última vez 06/12/21).

2.9 Procedimiento de investigaciones internas

Las investigaciones internas son una parte esencial del programa de *compliance*, y son una de las acciones (parte reactiva del *compliance*¹⁸⁶⁰) más valoradas por las autoridades, especialmente norteamericanas, para determinar si debe o no ser imputada la empresa¹⁸⁶¹, además de que se considera el paso siguiente a contar con un adecuado sistema de denuncias¹⁸⁶², y un paso necesario de cara a que la empresa pueda autodenunciarse o colaborar; lo que se podrá traducir en una atenuante o eximente penal para la empresa, dependiendo del ordenamiento. En todo caso el resultado de la investigación interna permitirá a la empresa tomar una decisión estratégica¹⁸⁶³.

Al igual que la mayoría de los temas relacionados con el *compliance*, EEUU es el líder en investigaciones internas, los abogados norteamericanos realizan investigaciones internas en todo el mundo, esto por tres razones: 1. El DOJ es el gran líder en persecución penal de empresas a nivel internacional, 2. son un requisito indispensable para que el DOJ considere que hubo una colaboración total que permita abrir las puertas para negociar un NPA o DPA o directamente lograr una eximente penal¹⁸⁶⁴, y 3. El gran negocio que representa para los despachos de abogados realizar estos procedimientos¹⁸⁶⁵. Mientras que en los sistemas legales europeos y latinoamericanos es cada vez más común que las empresas tomen la decisión de realizar investigaciones internas, por los puntos indicados en el párrafo anterior. Sin embargo, no debe olvidarse, que para optar por una atenuante o eximente siempre será necesario contar con un adecuado programa de *compliance*¹⁸⁶⁶.

1860 GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2016 p. 219.

1861 LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006. p. 106; Para algunos autores las investigaciones internas evidencian una relación empresa-Estado en materia de política criminal, GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. “Criminal Compliance en la legislación argentina. Algunas reflexiones sobre el proceso de reforma y las Investigaciones Internas en las empresas”. *Rev. Ita ius esto*, N°. 15, 2020. p. 81.

1862 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 40.

1863 AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2022. p. 599.

1864 GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 220.

1865 Siemens pagó más de un \$1 billón de dólares en honorarios de abogados por investigaciones internas durante su escándalo que fue el más grande de la historia, pero por ejemplo otras empresas con casos más pequeños como AVON han pagado \$93.3 millones en honorarios por investigaciones internas. Sobre esto: *Diario New York Times*, artículo “The mounting cost of internal investigations”. De 5 de marzo de 2012. Se puede consultar en: <https://dealbook.nytimes.com/2012/03/05/the-mounting-costs-of-internal-investigations/>.

1866 O’ SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. p. 191; PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. XV.

Ahora bien, la necesidad de que las empresas contraten a firmas externas especializadas para que realicen la investigación interna ha sido justificado por diversos motivos: evitar conflicto de intereses¹⁸⁶⁷, o tratos preferenciales dentro de la empresa, objetividad, especialización, capacidad de contar con equipos multidisciplinarios (*forensics*, laboristas, penalistas, entre otros).

La empresa también podrá contar con un equipo interno especializado en realizar investigaciones internas, sin embargo, desde el punto de vista estrictamente financiero esa decisión solo tendrá sentido, si la empresa debe realizar constantemente importantes investigaciones internas. Lo cierto es que sin importar el sistema que se seleccione, el ente encargado de las investigaciones internas debe contar con autonomía, independencia y poder para investigar¹⁸⁶⁸. En el caso de la mayoría de las entidades deportivas profesionales como clubes deportivos o federaciones nacionales, lo más adecuado será contratar un servicio externo. Sin embargo, federaciones internacionales como la FIFA cuentan con su propio equipo de investigaciones internas.

El objetivo central de las investigaciones internas es determinar si un hecho contrario a la legislación, o directamente delictivo¹⁸⁶⁹, o contrario al código de ética, tuvo lugar (tanto en beneficio como en perjuicio de la empresa) y si fue así, cómo y quién lo realizó; también permite establecer si se cumplieron adecuadamente los controles y procesos establecidos en las diversas políticas o, por el contrario, si se saltaron o eludieron, lo que podrá dar insumos de cómo mejorar esos controles. Mientras el objetivo de estrategia procesal es la obtención de información adecuada que pueda ser presentada a las autoridades para cumplir con el precepto de *disclosure* y que sea

1867 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 347.

1868 RODRÍGUEZ, Gustavo. “Recepción de denuncias, investigación interna y obtención de evidencias”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 661.

1869 No todas las investigaciones internas obedecen a hechos delictivos o contrarios al código de ética, ya que hay varios motivos por los cuales la empresa deba de realizar una investigación interna, por tal motivo se han clasificado las investigaciones internas de acuerdo al objetivo que siguen. 1869: 1. Investigaciones internas por posibles delitos penales, 2. Investigaciones internas por ilícitos extrapenales (violación a la normativa laboral, de protección de datos, competencia o de propiedad intelectual) y 3. Investigaciones internas por posibles incumplimientos contractuales, para este trabajo solo se profundizará en las investigaciones respecto a los posibles ilícitos penales, ya sea consumados, que se encuentra en comisión (delitos continuados), intentados o en preparación para ser cometidos. Sobre esto: ESTRADA, A/LLOBET, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 201.

más sencillo para la empresa negociar un acuerdo con la fiscalía¹⁸⁷⁰, o en sistemas como el estadounidense, incluso que se rebaje la gravedad de los delitos que se imputan a la empresa¹⁸⁷¹.

En las grandes empresas se suele decir que la información lo es todo, algo que ciertamente en los procesos de investigaciones internas cobra mucho sentido. Mediante una adecuada investigación interna (junto a un canal de denuncias eficaz) la empresa se asegura el manejo y control de la información antes que las autoridades y terceros. En muchos casos, eso se puede traducir en tener acceso de primera mano a la información que podrá iniciar un proceso penal, pero con dos importantes ventajas para la empresa: 1. El conocimiento de la información por parte de la empresa es previo al inicio del proceso penal, 2. No existe ningún conocimiento por parte de las autoridades de la situación. Esto abre a la empresa varios escenarios sobre lo que puede realizar con esa información: el primero es obviamente auto denunciarse y negociar un acuerdo con las autoridades, mientras que otra opción es ocultar la información a las autoridades e intentar evitar el proceso judicial, el tercero es utilizar la información para construir su propia versión de los hechos¹⁸⁷², la cuarta opción es que la empresa pueda solucionar el conflicto de forma discreta a lo interno sin necesidad de que los clientes, la competencia ni las autoridades se den cuenta de lo que ha sucedido¹⁸⁷³. Es importante mencionar que esas posibles soluciones no en todos los casos serán viables y/o legales, dependerán de las circunstancias específicas.

Sin embargo, las autoridades especialmente norteamericanas, quieren acabar con este tipo de prácticas por parte de las empresas y exigir la autodenuncia y colaboración de la empresa como único escenario posible para la empresa. Por ejemplo, el DOJ con fundamento en el llamado *Yates Memorandum*, requiere que las empresas revelen todos los datos obtenidos de las investigaciones internas y especialmente aquellos datos que pongan en manifiesto la participación de personas físicas en los hechos delictivos concretos, lo cual significa un importante cambio en *el tema de*

1870 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 52-53;. Por esta razón las empresas contratan abogados externos que realicen las investigaciones internas, y asegurarse la confidencialidad de la información recopilada y protegía mediante el privilegio de cliente – abogado.

1871 Tal como se mencionó en los casos Siemens y BAE en los que ambas empresas lograron que no se les imputara por delitos de corrupción permitiéndoseles seguir realizando negocios con los distintos gobiernos y por lo tanto asegurando su viabilidad económica pese a las sanciones impuestas

1872 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Medicina y corrupción: el caso del farmasponsoring. Artículo. NIETO MARTIN, Adán. Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed.es Edisofer e IB de F. 2016. pp. 4 y 26.

1873 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Compliance y derechos de los trabajadores”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 130.

*investigaciones internas de cara a acogerse a la atenuante de colaboración total*¹⁸⁷⁴. Cualquier escenario de ocultación de información podría traerse abajo cualquier esperanza de negociación para la empresa.

Una importante limitación que ha encontrado el DOJ a la hora de que las empresas realicen investigaciones internas radica en que la investigación deberá regirse por lo dispuesto en la legislación laboral del país donde se realice la investigación¹⁸⁷⁵, y por los derechos constitucionales del país en concreto. Pese a lo anterior, la investigación interna no deberá seguir las formalidades propias de una investigación penal, permitiendo obtener más información mediante más medios y en menos tiempos, razones que las autoridades conocen y por esto fomentan las investigaciones internas¹⁸⁷⁶. Sin embargo, no debe pasarse por alto la posible nulidad de prueba de cara a un juicio penal por ilegalidad en la obtención de la prueba¹⁸⁷⁷, esto debido principalmente a violación del debido proceso, también, la posible nulidad de los interrogatorios realizados a los empleados sin abogado y sin respeto al respeto del derecho a no declarar en contra de sí mismo¹⁸⁷⁸. Un aspecto que ha sido duramente criticado es la iniciativa de las autoridades norteamericanas de considerar como un acto de “no cooperación” con la investigación penal, el hecho de pagar los gastos legales del empleado investigado; lo anterior tiene como consecuencia que el trabajador deba pagar su abogado defensor, situación que para algunos autores violenta el derecho de defensa del colaborador investigado¹⁸⁷⁹.

1874 U.S Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General Sally Quillian Yates, memorandum titulado: “Individual Accountability for Corporate Wrongdoing”. De 9 de septiembre de 2015. Se puede consultar en <https://www.justice.gov/archives/dag/file/769036/download>. pp. 2-3; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2da ed. Ed. Edisofer e IB de F. 2016. p. 423.

1875 MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 140.

1876 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Medicina y corrupción: el caso del farmasponsoring”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed.es Edisofer e IB de F. 2016. p. 3.

1877 Algunos ordenamientos no permiten el acceso a la cuenta de correo electrónico del colaborador sino existe una orden de un juez. Art. 2 de la ley Sobre Registro, Secuestro y Examen de Documentos Privados e Intervención de las Comunicaciones de Costa Rica, ley 7425 de 09 de agosto de 1994.

1878 NEIRA PENA, Ana María. “Corporate Criminal Liability: tool or obstacle to prosecution”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 201. La violación a la Quinta Enmienda según el derecho de los Estados Unidos de América: “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself; nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

1879 Ibidem. p. 202. Algo que agrava la violación al debido proceso de la persona investigada.

Desde una perspectiva de legislación laboral, todo lo anterior puede generar importantes contingencias a la empresa, dependiendo de la legislación concreta. Y eso lleva a analizar las críticas a las investigaciones internas y a los sistemas sancionatorios de la empresa: se prioriza el *compliance* sobre el Derecho penal y las garantías constitucionales que lo rodean¹⁸⁸⁰. También se plantea el posible conflicto de interés entre la persona jurídica y la persona físicas o empleados investigados¹⁸⁸¹, así como la clara desigualdad de armas entre la parte investigada y la empresa, y un proceso interno que muchas veces no cumple con las garantías mínimas que se establecen en un proceso penal¹⁸⁸². Ahora bien, también recibe algunas importantes críticas positivas: muchas de las investigaciones de delitos empresariales deben realizarse en varios países, desde el punto de vista de la cooperación judicial internacional una labor de ese tipo requeriría años para completarse¹⁸⁸³, además del tiempo de duración del proceso penal tradicional, mientras que la investigación interna puede tener resultados en cuestión de meses. Por último, se recomienda llevar las investigaciones internas con sigilo, sin darles publicidad, para evitar posibles daños reputacionales para la empresa¹⁸⁸⁴.

Existen una serie de escenarios en los que la empresa puede recibir una alerta (*red flag*) que le indique que debe iniciar una investigación interna, por ejemplo: alertas recibidas en el canal de denuncias, reportes de las autoridades, reporte de terceros (como clientes o proveedores), por una citación judicial, al recibir una visita de las autoridades judiciales con una orden de registro (allanamiento, entrada y registro o *dawn raid*), al tener la empresa conocimiento de que las autoridades judiciales han entrevistado a empleados o personas relacionadas con la empresa, fallos diagnosticados mediante un proceso de auditoría, al recibir una demanda civil¹⁸⁸⁵, o incluso por rumores en la industria.

1880 MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 137.

1881 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 29.

1882 Sin embargo, de cara a poder utilizar en un proceso penal la prueba obtenida en la investigación interna es necesario que se respeten los derechos y garantías fundamentales. Sobre esto: AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2022. p. 600.

1883 KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011. p. 197.

1884 ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. p. 352.

1885 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 51; TORCHIA, Michael. “Conducting workplace investigations”, en TORCHIA, Michael. *Effectively conducting workplace investigations*. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 17; LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. p.

Como se mencionó previamente en caso de que la denuncia sea recibida por medio del canal de denuncias, la empresa debe realizar un análisis previo de esa denuncia, para determinar si se le puede dar credibilidad a la denuncia; para ese análisis previo se recomienda realizar lo siguiente: 1. Mediante una entrevista con el denunciante, 2. Corroboración de datos que el denunciante haya dado, 3. Análisis de la prueba aportada¹⁸⁸⁶. El órgano de *compliance* decidirá si se inicia una investigación, la cual se podrá justificar desde cuatro puntos de vista: 1. Evitar responsabilidad penal en contra de directivos o administradores de la empresa, 2. Evitar responsabilidad penal de la propia empresa, 3. Evitar responsabilidad civil por el delito¹⁸⁸⁷, o 4. Evitar repercusiones a nivel reputacional.

Otra importante decisión que deberá tomar la empresa, es si inicia la investigación interna o si debe acudir directamente a las autoridades para que sean ellos los que investiguen, también puede presentarse el caso que se inicie una investigación interna y llegado un punto de la investigación sea adecuado contactar a las autoridades para recabar pruebas o trabajar de forma conjunta; aspecto que adicionalmente también podrá ser valorado para una eventual atenuante o eximente, dependiendo del ordenamiento. Sin embargo, cabe destacar que en la mayoría de los ordenamientos no existen un deber de denuncia por parte de la empresa¹⁸⁸⁸.

Para RAGUÉS I VALLÈS, la investigación interna en las empresas debe cumplir con los siguientes pasos o componentes¹⁸⁸⁹: 1. Decisión de iniciar la investigación y designación de la persona encargada de investigar, 2. De ser necesario asignar a una persona con conocimiento técnicos para que asista al encargado de dirigir la investigación, 3. Documentar todo lo actuado durante la investigación, 4. Garantizar la confidencialidad del denunciante y protegerlo, 5. Garantizar el derecho de defensa del investigado y darle audiencia sobre la denuncia y el espacio para que se

178; ROXIN, Imme. “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”. Rev. Brasileira de Ciencias Criminais. Vol. 114. Mayo-Junio 2015. pp. 325-326.

1886 LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption*. Ed. John Wiley & Sons. 2012. pp. 181-182.

1887 ESTRADA, A/LLOBET, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 203.

1888 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 189.

1889 Ibidem. pp. 190-191.

manifieste respecto a los hechos denunciados, 6. En ese mismo sentido, garantizar en todo momento el respeto a los derechos fundamentales de las personas investigadas¹⁸⁹⁰, 7. Preparar un informe final sobre la investigación y las conclusiones a las que se llegó, 8. Mantener un archivo de las investigaciones realizadas¹⁸⁹¹.

Inmediatamente después de tomada la decisión de iniciar la investigación interna, se recomienda establecer un plan previo de investigación en donde se establezca los pasos a realizar durante la investigación¹⁸⁹². El plan debe incluir aspectos como¹⁸⁹³: quién dirigirá la investigación (*compliance officer*, abogado externo, auditoría, auditoría externa)¹⁸⁹⁴, identificar la posible norma que potencialmente se ha infringido (código de conducta, manual de cumplimiento penal entre otros, o directamente el código penal), identificar fuentes de información o prueba, determinar los pasos necesarios para preservar y asegurar la información recopilada, la fuerza con la que se investigará y los recursos que se invertirán¹⁸⁹⁵, establecer el plan de investigación, como testigos a entrevistar o prueba a obtener. El plan servirá como guía, sin embargo, durante el camino de la investigación se podrá modificar conforme a los hallazgos que se vayan dando.

En casos de empresas que realizan la investigación utilizando sus recursos internos, la investigación podrá ser realizada por el órgano de *compliance* (se suele utilizar muy poco al abogado *in*

1890 Al investigaciones internas han sido criticadas por el riesgo potencial y real de vulnerar derechos fundamentales, por ejemplo Deutsche Telekom interceptó comunicaciones privadas de sus empleados durante una investigación interna para detectar si algún empleado había compartido información confidencial con la prensa, Deutsche Bahn revisó las cuentas bancarias de todos sus empleados para detectar flujos de sobornos, Lidl instaló cámaras escondidas de vigilancia en los vestuarios de los empleados y obtuvo información de la vida privada de los mismos, todos estos casos son una muestra del riesgo real en contra de derechos fundamentales que conlleva una mala investigación interna. Sobre esto: MASCHMANN, Frank. “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTÍZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 147.

1891 Vale la pena destacar que algunas empresas con presencia global suelen obligar a sus filiales a enviar sus denuncias internas a una especie de *global compliance officer* de la empresa, o incluso los canales de denuncia llegan de forma directa a la casa matriz. Al recibir una denuncia grave, la empresa matriz puede enviar a sus *compliance officer* o a sus abogados de confianza para investigar sobre los hechos sin importar en el país en que se haya dado los hechos. Sobre esto: JAEGER, Jaclyn. “Conducting a thorough Global Investigation”, en *Compliance week Publication. Conducting effective Investigations*. 2017 p. 7; Sobre los derechos de los investigados: ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023. pp. 352 y ss.

1892 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 136.

1893 JAEGER, Jaclyn. “Conducting a thorough Global Investigation”, en *Compliance week Publication. Conducting effective Investigations*. 2017 p. 7.

1894 No existe ninguna prohibición legal o procesal que prohíba al *in-house lawyer* de realizar la investigación interna, sobre esto: COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 257.

1895 MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”, ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 138.

*house*¹⁸⁹⁶), mientras que otras empresas se deciden por contratar los servicios externos especializados, por ejemplo, las empresas norteamericanas suelen enviar abogados desde Estados Unidos para coordinar las investigaciones internas con colaboración de algún despacho en el lugar donde sucedió el hecho que se investiga¹⁸⁹⁷.

Entre las ventajas de contratar a un despacho externo especializado en investigaciones internas se pueden citar: experiencia en investigaciones, experiencia en juicio y en negociación de acuerdos con la fiscalía, más experiencia lidiando con procedimientos judiciales y solicitudes de los fiscales, mayor relación con servicios de auditoría forense, mayor independencia del abogado externo¹⁸⁹⁸. Por otra parte, se pueden destacar algunas desventajas de emplear al abogado interno de la empresa o al *compliance officer* como encargado de dirigir la investigación: los fiscales pueden verlos más como consejeros de negocios que como consejeros legales por lo que pueden desconfiar de ellos, mayor posibilidad de conflictos de intereses durante la investigación en razón de la posición que ostentan, poca objetividad, posibilidad de intromisión de la cúpula directiva, y que podrá ser utilizado como testigo durante la investigación y el juicio¹⁸⁹⁹. Sin embargo, también se han identificado algunas ventajas: conocimiento de la empresa y de los empleados y menores costes para la empresa¹⁹⁰⁰.

Sí la empresa se decide por utilizar al abogado *in house* o designar a una persona encargada de realizar las investigaciones internas dentro de la empresa como un empleado permanente de la entidad; lo más importante es garantizarse que la persona sea idónea para desempeñar dicha tarea; un ejemplo de falta de idoneidad para ocupar un cargo de investigador interno se dio en el ámbito deportivo y concretamente en la FIFA, entidad que nombró a una persona en el puesto de *Ethics*

1896 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 105.

1897 De acuerdo con el instituto Max Planck el 61% de las empresas alemanas realizan las investigaciones internas utilizando un departamento interno, mientras que un 19% utiliza firmas legales externas, un 18% auditores externos, 11% consultores externos y un 4% a otros. sobre esto: ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 105.

1898 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 54; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 106-107; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Ed. Palestra. 2014. p. 47.

1899 PROPPER, PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 55; NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 43.

1900 GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 225; y GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2014. p. 231.

investigator, decisión que fue criticada por el Consejo de Europa en un reporte, ya que consideraban que la persona que había sido elegida no contaba con experiencia en los procesos de investigaciones, además de carecer de conocimientos de inglés y francés, idiomas indispensables para poder entrevistar testigos y examinar la distinta prueba obtenida¹⁹⁰¹.

Un factor importante, que puede ayudar a la empresa a decidir quién debe realizar la investigación interna, es la gravedad de la denuncia o del hecho que se investiga, por ejemplo casos de denuncias más sencillas o que no conlleven tantos efectos para la empresa podrán ser realizadas por empleados capacitados para ello, como los ya mencionados, mientras que denuncias que conlleven hechos sumamente graves, temas sensibles, o con potenciales consecuencias graves para la empresa deberán ser realizadas por profesionales en investigaciones y externos a la empresa¹⁹⁰².

En el caso que la empresa se decida por un despacho externo como el ente encargado de realizar la investigación, deberán seguir una serie de formalidades que garanticen el secreto profesional: la cúpula de la empresa deberá solicitar de manera formal al despacho contratado que realice una investigación interna con el objetivo de emitir un consejo legal, asimismo deberá de indicarse que las comunicaciones entre el despacho de abogados y los empleados serán confidenciales¹⁹⁰³, y también en todos los documentos que sean preparados. Asimismo, algunos autores recomiendan que en caso de ser una firma de abogados externa esta no debe tener ningún tipo de relación con la empresa, es decir que no sean los abogados que normalmente les asesoran¹⁹⁰⁴. Lo anterior puede ser una recomendación extremista e innecesaria en la mayoría de los escenarios, a menos de que la firma de abogados esté involucrada de alguna forma en la comisión del hecho que se investiga, lo que tendría como resultado un conflicto de intereses¹⁹⁰⁵.

1901 Consejo de Europa, "Good football governance". De 15 de diciembre de 2017. Párrafo 42, p. 11. Se puede consultar en: <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbnNveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHluYXNwP2ZpbGVpZD0yNDI4NCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRC1BVCIYTUwyUERGLnhzbA=&xslparams=ZmlsZWlkPTI0Mjg0>; y Diario The Guardian: "FIFA's ethics investigator does not have skills for the job, says damning report". 8 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: <https://www.theguardian.com/football/2017/dec/08/fifa-ethics-investigator-gianni-infantino-council-of-europe-report>.

1902 TORCHINA, Michael. "Conducting workplace investigations", en TORCHIA, Michael. *Effectively conducting workplace investigations*. Pennsylvania Bar Association. pp. 19 y 25.

1903 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 88-89.

1904 JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 649.

1905 En investigaciones grandes y de escala internacional en las que participaran distintos abogados y posiblemente despachos de distintos países, se deberá establecer una cabeza encargada de organizar, controlar y dirigir la investigación.

Es importante que se identifique cuáles departamentos deberán colaborar con la investigación. Es habitual que se requiera colaboración de los departamentos de: auditoría, recursos humanos (conocer el perfil del denunciante, el denunciado y las personas entrevistadas), e *IT* (para asistir con la extracción y aseguramiento de datos). Además podrán requerirse otros departamentos, por ejemplo en la FIFA existe un departamento de investigaciones, pero dependiendo del tipo de denuncia se sumarán otros departamentos a las investigaciones, en casos de investigaciones por amaño de partidos se sumará integridad, en casos de denuncias respecto a procedimientos electorales en federaciones se sumará el departamento de Gobernanza entre otros, o incluso se contrataran los servicios de un despacho externo cuando se considera pertinente tal y como se realizó con el *FIFAGate*¹⁹⁰⁶.

Por otra parte, se recomienda analizar si es adecuado o no realizar un comunicado de prensa para informar el inicio de una investigación como forma de control del daño reputacional, esta decisión dependerá de cada caso en específico y si la información sobre el caso en concreto se ha filtrado a la prensa o al público en general; O si por el contrario, deberá de manejarse el caso con discreción absoluta, incluso llevando a firmar acuerdos de confidencialidad con los colaboradores que participen en la investigación.

Entrando propiamente al tema de las diligencias de investigación, una de las primeras acciones a ejecutar en una investigación interna, es el de aseguramiento y preservación de la documentación e información de la empresa¹⁹⁰⁷, es decir tomar el control de todos los documentos y archivos que se considere importantes; lo anterior debe realizarse de forma expedita para evitar la pérdida o la eliminación de la información¹⁹⁰⁸. En muchas empresas esto se puede realizar sin tener contacto físico directo con los ordenadores de los empleados, ya que los ordenadores están conectados por

1906 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Sr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA.
1907 COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. "Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 268; GOLDSMITH, Peter. "How to investigate misbehavior in international sports organizations", en PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. p. 36; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 649.
1908 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 59; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 225-226.

medio de la red de la empresa¹⁹⁰⁹. Mientras que en otros casos será necesario obtener acceso a las computadoras de los colaboradores, tomando en consideración el ordenamiento laboral y de protección de datos correspondiente a cada país.

Por lo general durante una investigación interna deben analizarse los siguientes documentos: memorándums, documentos de transacciones, facturas, calendarios, registros financieros, datos sobre reuniones, registros de viajes, registros telefónicos, correos electrónicos¹⁹¹⁰, conversaciones por sistemas de mensajería. Adicionalmente, puede ser necesario revisar contratos de la empresa, correspondencia, o libros contables¹⁹¹¹.

En el caso de grandes empresas, con actividades en varios países, analizar toda esa información será una tarea que requerirá de la colaboración de firmas de auditoría forense (*forensic audit firms*) con experiencia en la custodia, aseguramiento y la preservación de la información, con el objetivo que posteriormente sean analizados mediante el uso de programas de softwares especializados, los cuales reducen sustancialmente el tiempo de la investigación¹⁹¹². Por lo general para realizar ese tipo de búsquedas será necesario establecer palabras claves de búsqueda.

Sin embargo, es importante advertir que la obtención, análisis e incluso el uso en procesos judiciales de la información, estará limitado por el ordenamiento legal de cada país¹⁹¹³. Por ejemplo, en España existe ciertos límites para realizar estas búsquedas debido a los derechos de protección de datos¹⁹¹⁴, ya que, deben utilizarse programas de búsqueda ciega en los ordenadores, y los correos electrónicos solo podrán revisarse los correos que ya hubiesen sido leídos por el empleado¹⁹¹⁵, es decir los correos electrónicos no leídos no pueden ser revisados por la empresa;

1909 KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. "Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 299.

1910 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 80; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 250 a 251; KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. "Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 299.

1911 SAHAN, Oliver. "Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado", en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 251.

1912 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 227-229.

1913 En algunos ordenamientos se protege el correo incluso empresarial en el marco del derecho a la intimidad, por lo que resulta necesario la orden de un juez para autorizar ese acceso.

1914 Para las empresas norteamericanas la legislación europea de protección de datos suele ser una limitante para las investigaciones internas, a estas legislaciones que imposibilitan la labor de investigación se suelen llamar *blocking statutes*. Sobre esto: GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 220.

1915 Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015, artículo 20.3.

esto porque los ya leídos son considerados como pertenecientes a los ficheros de datos de la empresa, mientras que los no leídos aún están protegidos por el derecho a la intimidad del empleado¹⁹¹⁶.

En ese sentido, para permitir una fiscalización de las herramientas de trabajo se recomienda que la empresa indique de forma expresa en el contrato de trabajo¹⁹¹⁷, que dichos instrumentos son para uso laboral, que son propiedad de la empresa, y que no pueden ser utilizados con fines personales, así como que pueden ser aplicables medidas de control, *fiscalización y vigilancia sobre esas herramientas en cualquier momento por parte del patrono*¹⁹¹⁸.

Por otra parte, para documentos físicos se recomienda realizar respaldos digitales y emplear bolsas especiales de evidencias¹⁹¹⁹. Se recomienda indicar en dónde fueron encontrados y quién elaboró dichos documentos; lo anterior es muy importante ya que, los documentos podrán ser presentados a las autoridades por lo que debe garantizarse que no van a ser alterados, removidos o destruidos¹⁹²⁰, es decir, debe implementarse lo más parecido a una cadena de custodia. Ante este escenario debe tomarse en cuenta las políticas de retención de documentos y de destrucción de documentos físicos, y aplicar una pausa a la ejecución de esa práctica en caso de que la empresa se encuentre realizando una investigación interna. Lo anterior en virtud que desde el punto de vista de un proceso penal en Estados Unidos de América las autoridades podrían considerarlo como un delito de *obstruction of Justice* la destrucción de documentos durante una investigación, por el que se podría imputar a la empresa¹⁹²¹. Mientras que en el caso de documentos digitales su destrucción

1916 JUANES PECES, Ángel. “Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita”, en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. pp. 16-17. Cabe recordar que las multas por violación de la protección de datos en España suelen ser bastante altas.

1917 GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 228.

1918 ESTRADA, A/LLOBET, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 217.

1919 KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. “Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 298.

1920 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 80.

1921 COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 269. La política de retención de documentos está íntimamente relacionada con la transparencia de la empresa, en la misma debe especificarse que documentos se almacenaran, cómo se almacenaran, quien tendrá accesos a los mismos, mecanismos de protección para los mismos, así como la política de destrucción de estos. Sobre esto: GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 78.

es más difícil, ya que casi siempre quedan registros o respaldos y la información eliminada puede ser rescatada en la mayoría de los escenarios¹⁹²².

Otro aspecto que ha generado una importante discusión son los registros personales; los mismos son una facultad de carácter excepcional que tiene el empresario y que está sujeta a estrictos límites¹⁹²³; en primer lugar, debe justificarse de forma adecuada cualquier intromisión que se vaya a practicar en los efectos del trabajador; la empresa debe preservar garantías de los denunciados o investigados para evitar así poder incurrir en delitos contra la intimidad de sus empleados¹⁹²⁴. Respecto a lo anterior, el Tribunal Constitucional Español ha indicado que el registro personal de empleado (cacheos), su taquilla y sus efectos personales tendrá un carácter excepcional y deberá cumplir ciertos supuestos: 1. que esté justificado en razón de protección del patrimonio de la empresa (debe ser idóneo, necesario y proporcional en sentido estricto¹⁹²⁵), 2. debe realizarse dentro del lugar de trabajo y en horas laborales, 3. debe realizarse con total respecto a la dignidad del empresario, 4. debe realizarse en presencia de un representante de los trabajadores o en su defecto de otro empleado que sirva como testigo¹⁹²⁶.

Los escenarios de recolección de prueba y registros personales en el ámbito de las investigaciones internas, plantea un reto desde el punto de vista del respeto a la legislación laboral y a la protección de datos de cada país en los que se realice la investigación interna. En virtud de lo anterior, existe una necesidad de que el ente encargado de realizar la investigación cuente con asesoría de un despacho local en materia de protección de datos y derecho laboral de cada país en donde se desarrolle la investigación interna¹⁹²⁷.

1922 KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. "Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 299.

1923 GÓMEZ, V/VALIENTE, V. "Responsabilidad penal de la persona jurídica", en: CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal, Económico y de Empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. p. 150; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Compliance y derechos de los trabajadores", en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 133.

1924 GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Compliance y Derechos de los Trabajadores", en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 432.

1925 STC 186/2000 de 10 de julio, ponente don Fernando Garrido Falla, STC 66/1995 de 8 de mayo, ponente don Carles Viver Pi-Sunyer, STC 55/1996 de 28 de marzo, ponente don Carles Viver Pi-Sunyer, STC 207/1996 de 16 de diciembre, ponente don Vicente Gimeno Sendra, STC 37/1998 de 17 de febrero, ponente don Carles Viver Pi-Sunyer.

1926 Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015, artículo 18.

1927 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 266; COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. "Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 271.

Un nuevo escenario que plantea importantes preguntas desde el punto de vista laboral y de protección de datos es la cada vez más recurrente práctica de “teletrabajo”, especialmente desde la pandemia por el COVID 19. Los colaboradores se llevan directamente el ordenador propiedad de la empresa a su casa para trabajar desde allí. Por lo que físicamente la empresa no tendrá acceso a esa herramienta de trabajo. Adicionalmente este escenario plantea retos desde el punto de vista de la seguridad informática debido a la vulnerabilidad de las conexiones de internet en el hogar.

Otra importante diligencia de investigación que debe practicarse, son las entrevistas con el personal. Es importante que en el plan de la investigación se determine preliminarmente quién será entrevistado, cómo se realizará la entrevista, las preguntas base a realizarse entre otros aspectos¹⁹²⁸; es importante que la entrevista sea acogedora para el entrevistado de esa forma la persona se sentirá más segura y podrá dar más detalles¹⁹²⁹; para esto es necesario que el equipo encargado de la investigación tenga experiencia en realizar interrogatorios y así pueda obtener información importante de forma rápida¹⁹³⁰. Una buena praxis es la exhibición de documentos durante las entrevistas con el objetivo de ayudar al entrevistado a recordar los hechos, y a entrevistar a las personas que estuvieron más relacionados con los hechos que se investigan de primeros, dejando a los demás testigos para ser entrevistados después.

Por otra parte, vale la pena identificar un problema que se ha planteado para las entrevistas y es que las mismas plantean un conflicto para el empresario (colisión de deberes), ya que por una parte el empresario tiene la obligación de preservar el derecho a la intimidad sus trabajadores calificándose como una infracción muy grave el irrespeto de los mismos¹⁹³¹; mientras que, por otro lado, el empresario también debe cumplir con sus obligaciones de vigilancia, fiscalización y control sobre sus empleados y ser un garante respecto a la obligación de evitar que su empresa y empleados

1928 Al igual que un interrogatorio en juicio, las preguntas previamente establecidas serán una guía, es importante la habilidad del entrevistador para poder generar preguntas en el momento de acuerdo con las respuestas que vaya dando el entrevistado.

1929 RODRÍGUEZ, Gustavo. “Recepción de denuncias, investigación interna y obtención de evidencias”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 671; PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 63.

1930 TORCHINA, Michael. “Conducting workplace investigations”, en TORCHIA, Michael. *Effectively conducting workplace investigations*. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 6.

1931 Según el art. 8.11 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Los actos del empresario que fueren contrarios al respeto de la intimidad y consideración debida a la dignidad de los trabajadores.

cometan delitos¹⁹³². Mientras que el empleado tiene un deber de dar información a su patrono¹⁹³³, y colaborar en las investigaciones internas.

En caso de que el empleado se niegue a colaborar con la investigación, la empresa podría aplicar sanciones, y dependiendo del ordenamiento podría finalizar la relación laboral, ya que si las autoridades observan que un empleado no brindó información, lo podrían considerar como un parámetro para determinar que la empresa no está colaborando en la investigación¹⁹³⁴.

Sin embargo, como se indicó, no en todas las jurisdicciones será una causal de despido válida, por lo que en estos casos debe tomarse una de las siguientes decisiones dependiendo del tipo de responsabilidad a la que esté expuesta la empresa: 1. comunicar a las autoridades la no cooperación del sujeto, pero explicar que debido a la legislación laboral vigente en el país en donde se encuentra el colaborador, no es posible despedirlo (incluir directamente al despacho de abogados local que así lo indique)¹⁹³⁵, o 2. despedirlo para salvaguardar el proceso penal, evidentemente esto puede llevar a enfrentar problemas en el ámbito jurídico laboral, sin embargo, en una ponderación de daños el proceso penal y especialmente los casos de *FCPA enforcement* pueden ser muchísimo más graves para la empresa que el posible proceso laboral en otro país¹⁹³⁶.

Las diligencias propias de las investigaciones internas no están exentas de críticas, ya que puede existir una vulneración del debido proceso¹⁹³⁷, y por ende de garantías fundamentales como: presunción de inocencia, derecho a no declarar contra sí mismo y asistencia letrada, por citar

1932 ESTRADA, A/LLOBET, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. pp. 204-205.

1933 MASCHMANN, Frank. “Compliance y derechos del trabajador”, en KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 156; GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Ed. Palestra. 2014. p. 49. A menos que suponga una situación de autoincriminación.

1934 COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery”, en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 261.

1935 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 267.

1936 En Estados Unidos de América esta aceptado despedir a un empleado por no colaborar con la investigación. Sobre esto: Corte de Apelaciones del décimo circuito de los Estados Unidos de América, caso *J.P Johnson v. Ed Herschler* 669 F.2d 617, de 21 de enero de 1982; en el caso de España el artículo 54 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015 establece dos supuestos que podrían justificar un despido como tal: inciso b) la indisciplina o desobediencia en el trabajo, inciso d) la trasgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

1937 La Corte Americana de Derechos Humanos ha definido el debido proceso en el marco del artículo 8 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, si bien aplicado en primer término a procesos penales, lo cierto es que su aplicación se ha extendido a los distintos procesos, con la matización necesaria en cada caso. Corte IDH, Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador, de 5 de octubre de 2015 y Corte IDH, Caso Palamara Iribarne Vs. Chile, de 22 de noviembre de 2005.

algunos. Es aquí donde la empresa debe establecer un proceso que respete al máximo esas garantías y permita al sujeto investigado un ejercicio amplio de sus derechos.

Un aspecto legal importante de las entrevistas es que el entrevistador debe dejar claro que él es el abogado de la empresa y no es el abogado de la persona a la que está entrevistando, y por lo tanto el secreto profesional que protege la entrevista pertenecerá a la empresa; de manera que la empresa podrá levantarlo cuando así lo desee, especialmente para temas de colaboración con las autoridades¹⁹³⁸. Lo anterior es conocido en EEUU como *Upjohn* y *Adnarim Warnings*¹⁹³⁹.

Por otra parte, se recomienda no grabar las entrevistas, debido a que las grabaciones pueden ser requeridas por autoridades y además por que los testigos podrían sentirse incómodos, lo que podría limitar su declaración; lo que sí se recomienda es tomar notas y posterior a finalizar la entrevista, emitir una declaración jurada ante notario con los detalles más importantes para que el testigo la firme en caso de que la legislación del país lo permita¹⁹⁴⁰; lo anterior en los casos en lo que el testimonio sea relevante.

Otro aspecto controvertido es si la empresa puede pagar el abogado de las personas investigadas; situación que debería ser establecida de forma expresa en los contratos laborales¹⁹⁴¹. Esa medida de pago de abogados fue evaluada por los jueces estadounidenses, quienes determinaron que es un elemento que no se puede exigir a las empresas como parte de la colaboración¹⁹⁴². Sin embargo, los jueces norteamericanos sí establecieron que el abogado defensor de la empresa debe ser distinto a los abogados defensores de las demás partes, para evitar conflictos de intereses¹⁹⁴³.

1938 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Upjohn Co. vs. United States*, 449 U.S 383, de 13 de enero de 1981; Sobre esto TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. pp. 243 y 244; LAUFER, William S. "Corporate prosecution, cooperation and trading of favors". *Iowa Law Review*. Vol. 87. No. 2. Enero 2002. p. 651; JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015. p. 624.

1939 Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Upjohn Co. vs. United States*, 449 US 383 de 13 de enero de 1981; y Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, caso *Miranda vs. Arizona*, 384 US 436 de 13 de junio de 1966.

1940 KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. "Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 300.

1941 GÓMEZ-JARA DíEZ, Carlos. "La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 299.

1942 COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. "Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery", en COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. p. 239.

1943 GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. "La persona jurídica acusa en el proceso penal español", en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. p. 59.

Otro aspecto que ha generado bastante discusión es si el denunciado debe conocer que existe una investigación en su contra. Para GOÑI SEIN el denunciado tendrá “derecho” a conocer la existencia de la denuncia y la razón por la que se le investiga, aunque considera que podrá retrasarse esa puesta en conocimiento de la denuncia, cuando se considere que la notificación de esa puede poner en peligro la investigación¹⁹⁴⁴. Además, debe recordarse que existe una importante discusión respecto a si el empleado pierde su derecho a no declarar contra sí mismo, debido a la obligación de dar cuenta de su actividad a su patrono, es decir, el empleador tiene derecho a conocer toda la información que el empleado conozca¹⁹⁴⁵. A criterio de este autor, el respeto de los derechos fundamentales durante la investigación debe ser entendido de forma amplia, especialmente el derecho a conocer los hechos por los que se le investigan y resguardar su derecho de defensa¹⁹⁴⁶.

Se recomienda que las investigaciones se realicen de forma expedita y en poco tiempo, algunos autores sugieren que el plazo desde que se inicia la investigación hasta que se concluye no podrá superar 6 meses¹⁹⁴⁷. Esto conlleva que el equipo de investigación debe trabajar rápido, lo cual implica que varios abogados trabajen en equipo realizando las diligencias de investigación, especialmente las entrevistas. Adicionalmente, resulta útil contar con un equipo legal interdisciplinario (abogados penalistas, laboralistas, especialistas en protección de datos, entre otros).

En resumen, una investigación interna bien realizada puede generar efectos muy positivos en las empresas, ahorrándose importantes sumas de dinero en multas¹⁹⁴⁸, y especialmente una buena disposición de las autoridades para llegar a acuerdo, pero, por otra parte, una ineficiente investigación interna puede generar graves conflictos a lo interno de la empresa y puede llevar a

1944 GOÑI SEIN, José Luis. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programas): Aspectos Laborales”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*. Ed. Edisofer SL e IB de F. 2014. p. 405.

1945 NIETO MARTIN, Adán. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”, en CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Fraude a consumidores y Derecho penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed.es Edisofer e IB de F. 2016. p. 30.

1946 De acuerdo con los artículos 6.3.a y 8.a.b del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respectivamente, establecen el derecho a conocer de forma previa los hechos por los que se investiga, Derecho que debe entenderse de forma amplia, aplicable para una investigación interna.

1947 ARMENTIA MORILLAS, Paula. “Canal de denuncias”, en SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador) *Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. p. 635.

1948 Por ejemplo, el FC Barcelona pagó una multa de 5,5 millones de euros, que si el club hubiese ido a juicio podría haber llegado a ser una multa muchísimo mayor.

una pérdida de confianza de las autoridades¹⁹⁴⁹. Uno de los grandes retos es la adecuada tutela y respeto de los Derechos Fundamentales especialmente el debido proceso, de las personas investigadas.

Ahora bien, una de las principales interrogantes en un proceso de investigación interna, es qué se debe realizar una vez terminada la investigación interna. En primer lugar, la investigación interna se finaliza en el momento en que se haya determinado si la conducta denunciada era cierta o no, si la conducta fue realizada por un sujeto que se pudo identificar y si la misma merece una sanción disciplinaria o hasta una denuncia ante las autoridades penales¹⁹⁵⁰. Asimismo, si ya existe un proceso penal en marcha la finalización de la investigación interna podrá depender del criterio de las autoridades.

Adicionalmente al finalizar la investigación se debe determinar si existieron fallos en el programa de *compliance* de la empresa: si la conducta se produjo como un único hecho aislado o se debió a presión de la administración o a un extendido tono de desorden empresarial (*a tone of lawlessness*), si se cumplieron con los procedimientos establecidos y si los mismos fallaron en prevenir la comisión de la conducta, personal de alta dirección tenía conocimiento o participó en la conducta, momento y duración de la conducta, daño causado a la empresa, terceros, al gobierno, inversores, cuando duró la empresa en responder a la conducta desde que se tuvo conocimiento de la misma, si se aplicó una sanción adecuada a los responsables, si se debe informar públicamente que se realizó una investigación¹⁹⁵¹. Todo lo anterior puede tener como resultado adicional que deba revisarse y modificarse el programa de *compliance*, reforzando los controles en caso necesario.

Lo lógico sería que al terminar la investigación se realice un informe para los administradores de la empresa en el que conste los hechos anteriores, pero adicionalmente también aspectos como: la denuncia, las diligencias practicadas, la información obtenida, sujetos identificados como responsables, medios de control que fallaron y posibles consecuencias legales en la empresa¹⁹⁵².

1949 TORCHINA, Michael. "The law of workplace investigations", en TORCHIA, Michael. *Effectively conducting workplace investigations*. Pennsylvania Bar Association. 2016. p. 6.

1950 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 139.

1951 JAEGER, Jaclyn. "Conducting a thorough Global Investigation", en *Compliance week Publication. Conducting effective Investigations*. 2017 p. 7.

1952 Sobre el informe de la investigación: GIMENO BEVIÀ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2014. p. 233.

Sin embargo, se debe ser muy cuidadoso con este informe, ya que puede ser utilizado en contra de la empresa en caso de un proceso penal (e incluso podría dar pie a nuevos procesos judiciales por reclamaciones civiles o de otro tipo), además de que el informe podría filtrarse al público o a la prensa afectando gravemente la reputación de la empresa. Por lo que mejor sería realizar un informe escrito que se limite a resumir por qué se realizó la investigación, las diligencias realizadas, los hechos descubiertos y la prueba obtenida, y reservar las conclusiones del informe y las recomendaciones a la empresa para una presentación oral¹⁹⁵³. La otra opción es indicar de forma expresa que el reporte es una opinión legal experta y por lo tanto estaría protegida por el secreto profesional (*attorney – client privilege*)¹⁹⁵⁴, sin embargo, en caso de tratarse de una investigación por FCPA *enforcement* o que pueda tener consecuencias judiciales en EEUU, las autoridades pueden exigir como requisito para llegar a un acuerdo con la empresa, la divulgación y presentación de todos los documentos incluso aquellos que se encuentran protegidos bajo el secreto profesional¹⁹⁵⁵. En virtud de lo anterior, deberá ser cada entidad la que tome la decisión sobre qué hacer al finalizar la investigación interna, también será importante que esa decisión sea incorporada a nivel de la política o procedimiento de investigaciones internas de la entidad.

2.10 Gestión de crisis (*crisis management*)

La crisis corporativa puede definirse como una proyección pública negativa de la imagen de la marca, que se genera de forma súbita y se difunde con rapidez especialmente gracias a los medios de comunicación masivo y a las redes sociales; estas crisis pueden tener como consecuencia pérdida de la reputación empresarial, pérdida de relaciones comerciales y por supuesto pérdida de ingresos producto de la comercialización del producto¹⁹⁵⁶. La crisis podrá ser generada por rumores, especulaciones, espionajes industriales, cuando la empresa sea víctima o autora de un delito y por publicaciones en redes o por parte de medios de comunicación. Sin importar ante cual escenario se esté, es imprescindible que la empresa actúe con rapidez mediante una adecuada gestión de la crisis

1953 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 82-83; TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 259.

1954 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. pp. 82-83; y GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 16. En este último se define el *attorney-client privilege* como: el concepto legal que protege la confidencialidad de las comunicaciones realizadas entre el abogado y su cliente. Protegiendo a las partes de tener que revelar documentos en litigio o por requerimiento de autoridad pública.

1955 PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020. p. 85.

1956 BELLO, M/FERNÁNDEZ-LASQUETTY, J/LÓPEZ, A.M. “Reputación corporativa”, En ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. Ed. Aranzadi. 2018. p. 145.

mediática y se presente la posición de la empresa respecto al conflicto o hecho que genera la crisis¹⁹⁵⁷. *Crisis management* o gestión de la crisis, son el conjunto de acciones realizadas por la empresa de cara a la mitigación de los efectos de la crisis corporativa mediante la comunicación con las autoridades o los medios de comunicación y la adopción de medidas dentro de la empresa¹⁹⁵⁸. Es importante que la empresa cuente con un procedimiento específico para atender la crisis y con comité de crisis, con personas preparadas para atender la situación¹⁹⁵⁹.

En el caso del ámbito deportivo la experiencia ha dejado en evidencia una inadecuada reacción ante la crisis y las pocas o nulas políticas de *crisis management*, siendo frecuente que varios colaboradores de la entidad emitan declaraciones a los medios y que las declaraciones sean contradictorias entre sí, lo cual agrava la crisis y debilita la situación procesal de la entidad y las personas físicas involucradas. En la mayoría de las empresas (de todos los ámbitos) tiene documentado que hacer en caso de denuncia, como realizar la investigación, inclusive como sancionar al empleado en caso de que la denuncia sea cierta; sin embargo, el mayor porcentaje de empresas no establece que reacción debe tomar la empresa en momentos de crisis¹⁹⁶⁰. Por lo que resulta importante que la entidad cuente con un comité de crisis, que deberá de estar integrado entre otros por un abogado penalista (externo a la empresa), el órgano de cumplimiento o *compliance officer*, el abogado de la empresa o jefe del departamento legal, un especialista en periodismo, imagen y relaciones corporativas.

Los objetivos centrales del comité de crisis son: gestionar la crisis minimizando su impacto, no perder la confianza de los clientes (y aficionados) y socios comerciales, permitir que la empresa siga realizando su actividad económica de la forma más habitual posible¹⁹⁶¹. En caso de empresas cotizadas en bolsa, evitar que los precios de las acciones bajen demasiado y mantener la confianza

1957 Ibidem.

1958 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 58.

1959 ELLIOT, D/SMITH, D. "Waiting for the next one: Management attitudes to safety in the UK football industry". en FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. p. 88.

1960 RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.). *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. p. 192.

1961 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 225; BELLO, M/FERNÁNDEZ-LASQUETTY, J/LÓPEZ, A.M. "Reputación corporativa", en ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. 2018. Ed. Aranzadi. p. 145.

en los accionistas y el mercado¹⁹⁶², y la preservación o el menor impacto a la reputación de la marca¹⁹⁶³.

Cabe destacar que el comité de crisis deberá entrar en acción aun cuando se esté ante escenarios que no puedan reproducir responsabilidad penal de la persona jurídica, pero que pueden conllevar hechos sumamente graves. En el ámbito deportivo estos casos podrán ser: violencia en el ámbito deportivo, peleas entre aficionados o jugadores, invasiones del terreno de juego, lanzamientos de objetos a la cancha, avalanchas humanas en los estadios, lanzamientos de pólvora por parte de aficionados, actos racistas, amenazas terroristas, delitos cometidos por los deportistas a título personal, entre otros. Todos estos supuestos si bien son escenarios en donde no existirá responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cierto es que conllevan otro tipo de responsabilidades como civil, administrativa o sanciones federativas que perjudican económicamente a la entidad o daño reputacional, además de que son antecedentes negativos en el historial de la entidad.

El manejo de la crisis se sitúa como uno de los aspectos más sensibles y en el que las entidades deben invertir importantes esfuerzos, desgraciadamente en la práctica, la mayoría de las empresas suelen ser tomadas por sorpresa, al no contar con una política y procedimiento de gestión de crisis, que tal y se analizó puede significar la diferencia entre qué entidad subsista o se vea gravemente afectada hasta el punto en que pueda desaparecer. El modelo de *compliance* de una empresa puede establecerse de forma impecable, pero si no se establece un protocolo de reacción, se conducirá a que probablemente en el momento más sensible, es decir cuando salten las alarmas por la detección de un hecho delictivo, la empresa no sepa cómo reaccionar, lo cual desde la práctica anglosajona puede tener graves consecuencias y puede echar a perder todo el trabajo de *compliance* implementado previamente e incluso puede llegar a acabar con la empresa.

1962 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. p. 229.

1963 Un ejemplo de lo anterior fue el caso de Starbucks, la empresa de cafeterías fue acusada de ser racista luego de que la policía arrestara a dos hombres negros que trataban de utilizar el servicio sanitario en una de sus cafeterías en Filadelfia, Estados Unidos de América. El incidente recibió atención a nivel de todo el país norteamericano y grupos de activistas acusaron a la empresa de ser racista; para lidiar con esta crisis mediática la empresa rápidamente realizó un comunicado indicando que el actuar del *manager* (quien llamó a la policía) fue incorrecto e incluso dejó de trabajar para la empresa después del incidente, asimismo Starbucks anunció que el 29 de mayo de 2018 cerraría las más de 8000 tiendas que tiene en Estados Unidos para capacitar a sus empleados sobre temas raciales. Periódico Business Insider: “Starbucks stores will close nationwide next month in an unprecedented attempt to fix a company crisis”. 17 de abril de 2018. Se puede consultar en: <http://www.businessinsider.de/starbucks-stores-are-closed-may-29-2018-4?r=US&IR=T>.

2.11 Sistema disciplinario

El régimen disciplinario es la respuesta de la empresa mediante un castigo a los incumplimientos contractuales, los hechos contrarios a las políticas empresariales o a la legislación de un país, que comenta un colaborador; ese castigo debe cumplir con un principio de proporcionalidad entre la gravedad de la acción y la sanción aplicable¹⁹⁶⁴. Los sistemas disciplinarios han sido destacados como un elemento muy importante de cara a combatir el fenómeno de la corrupción en las empresas¹⁹⁶⁵, y la delincuencia en general; adicionalmente, son ampliamente valoradas por las autoridades, especialmente anglosajonas como una manifestación de la colaboración y compromiso con el programa de *compliance*. Y es que realizar todo un proceso de investigación interno y de gestión de la crisis para únicamente llegar a un informe que no tenga mayores consecuencias, es considerado como una manifestación clara de una falta de verdadero compromiso con el *compliance*. El mensaje por parte de la empresa debe ser claro, no se deben tolerar los actos contrarios a la ética y en caso de que se den, el sujeto que los cometa recibirá un castigo por parte de la empresa, además de un eventual proceso penal. Por lo tanto, el sistema disciplinario se reconoce como la herramienta coercitiva que utiliza la empresa para hacer cumplir su código de conducta y sus políticas internas.

Los procedimientos sancionatorios o disciplinarios a lo interno de las empresas provienen de la práctica anglosajona¹⁹⁶⁶. Sin embargo, es importante indicar que las empresas norteamericanas tienen un amplio margen de actuación gracias a la flexibilidad de las leyes laborales de EEUU; mientras que en otros ordenamientos como por ejemplo España y en la mayoría de países europeos y latinoamericanos, el escenario es bastante distinto, en primer lugar, las leyes laborales son más proteccionistas del trabajador y adicionalmente a nivel cultural, las empresas suelen “acuerpar” a sus empleados (especialmente los de más alto nivel) cuando se dan hechos delictivos en la empresa, algo que sucede con especial constancia en el ámbito deportivo profesional; lo anterior pese a que el empresario tiene por ley un poder disciplinario¹⁹⁶⁷.

1964 GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. p. 76.

1965 BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”, en GIMENO, J.M/TEJEDOR, J/VILLORIA, M. (Dir.). *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. 2016. p. 440.

1966 DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 148.

1967 Arts. 54 a 58 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015.

Por otra parte, los sistemas disciplinarios no están exentos de críticas, y es que, para algunos autores, el sistema disciplinario empresarial no es más que una privatización del Derecho penal o una delegación ilegítima del poder punitivo por parte del Estado a las empresas sin el cumplimiento de las garantías procesales mínimas¹⁹⁶⁸. Sin embargo, la aplicación del régimen disciplinario por parte de la empresa es independiente al procedimiento penal, sin que pueda suscitarse un escenario de *non bis in idem*¹⁹⁶⁹. Siendo necesario que desde el inicio de la investigación interna se respeten los derechos fundamentales de las personas objeto de la investigación.

Por otra parte, desde un punto de vista de gestión empresarial, el sistema disciplinario se fundamenta en el principio de que el empresario ejerce un poder de dirección de la empresa y sus trabajadores, poder de fiscalización, de gestión de los bienes y de disciplina con los trabajadores que afecten la organización y gestión de la empresa¹⁹⁷⁰, el empresario no tendrá un poder disciplinario ilimitado¹⁹⁷¹. Para limitar ese poder del empresario, deberá cumplirse con una serie de principios: 1. Principio de tipicidad, debe delimitarse un catálogo de conductas generales de posibles infracciones¹⁹⁷². Ese catálogo se construye por medio de todas las políticas de *compliance* (políticas como: anticorrupción, cumplimiento penal, prevención del delito fiscal, prevención del delito de blanqueo de capitales, prevención de delitos contra la propiedad intelectual, prevención de delitos de amaño y dopaje, prevención del acoso y abuso sexual, entre otras) que deben estar inspiradas en el código ético; 2. Calificación o gravedad de las posibles sanciones: leves, graves y muy graves¹⁹⁷³; 3. Indicarse las posibles sanciones a imponer (amonestación escrita, despido, suspensión de las funciones, entre otras)¹⁹⁷⁴; 4. La aplicación del sistema disciplinario debe constar por escrito, especialmente la copia de la comunicación realizada al empleado en la que se detalle

1968 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en ARROYO, L/NIETO, A. (Dir.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. pp. 261-262.

1969 ABRIL, M/MONTES, M. “El poder disciplinario del empresario en el sector del lujo y la moda”, en ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. Ed. Aranzadi. 2018. p. 327.

1970 Ibidem. p. 320.

1971 Ibidem. p. 321.

1972 RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. p. 138. No podrá pensarse en un sistema de tipicidad como el penal, en virtud de que la empresa se basa en código de conducta internas, por lo que la rigurosidad del examen de tipicidad será más flexible.

1973 Establecido en el art. 58.3 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015.

1974 Es importante incluir dentro de la sanción la obligación de restitución del daño ocasionado.

la fecha y los hechos que motivan la aplicación de la sanción¹⁹⁷⁵, así como el fundamento en las políticas empresariales que determinan la imposición de dicha sanción y las pruebas. Por último, en caso de hechos que se consideren graves o muy graves el empleado tendrá derecho a que el representante legal de los trabajadores lo represente¹⁹⁷⁶.

La doctrina ha destacado una serie de faltas que pueden considerarse como muy graves y ante las cuales el despido del empleado estará justificado, por ejemplo: incumplimiento de la normativa empresarial y nacional en materia de corrupción, el fraude, la falsedad, la deslealtad, el abuso de confianza, la aceptación de sobornos, el hurto o robo, desaparecer, destruir o causar desperfectos en materiales, máquinas y demás medios materiales de la empresa, facilitar la clave de acceso individual a otra persona o utilizar mediante simulación la clave de acceso de otro funcionario, la participación directa o indirecta en la comisión de cualquier delito tipificado o incumplimiento grave del código de conducta empresarial, fallo en la identificación o reporte de conductas contrarias a la ética, no cumplimiento de los programas de formación en materia de *compliance*, proporcionar datos falsos o documentación falsa, la no acción o tolerancia de hechos contrarios a la ética empresarial por los supervisores frente a hechos contrarios a la ética de los que tenían pleno conocimiento, remover, destruir, sustraer o falsificar información, tomar represalias frente a quienes denuncian hechos por medio del *whistleblowing*¹⁹⁷⁷, entre otros.

Por otra parte, es recomendable investigar acciones y en su defecto aplicar sanciones aun cuando los empleados hayan dejado de trabajar en la entidad, para evitar un posible retorno por recontractación de aquellos con faltas graves. Desgraciadamente en el ámbito deportivo esto no suele suceder así, muchos dirigentes deportivos deciden renunciar y la entidad deportiva suspende las investigaciones y no aplica sanciones, lo cual tiene un efecto negativo, ya que no se desvirtúa

1975 ABRIL, M/MONTES, M. “El poder disciplinario del empresario en el sector del lujo y la moda”, en ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. Ed. Aranzadi. 2018. p. 320.

1976 Ibidem. p. 321. Es importante contemplar que las sanciones también tienen plazo de prescripción, por ejemplo, en España la prescripción va desde los diez días para sanciones leves, 20 días para sanciones graves y 60 días para sanciones muy graves, estos plazos empiezan a correr desde el momento en que el empresario tenga conocimiento de los hechos. Artículo 60.2 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores de 23 de octubre de 2015.

1977 ABRIL, M/MONTES, M. “El poder disciplinario del empresario en el sector del lujo y la moda”, en ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. Ed. Aranzadi. 2018. p. 324; GIAVAZZI, Stefania. “The ABC program An anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment”, en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 172.

la presunción de inocencia del dirigente, lo que genera impunidad y, además, permite la vuelta de dichos dirigentes con el paso del tiempo¹⁹⁷⁸.

Son muchos los aspectos que deben considerarse a la hora de sancionar a un empleado, especialmente hay aspectos de legislación laboral muy importantes para evitar contingencias futuras para la empresa o entidad; asimismo debe recordarse que el sistema sancionatorio debe funcionar de forma coordinada con otros mecanismos, especialmente con el sistema de investigaciones internas y los resultados que ese sistema arroje, siendo que un pilar fundamental de todo ese proceso deberá ser el respeto de los derechos fundamentales de las personas investigadas.

3. Implementación del programa de *compliance*

La implementación del programa de *compliance* es una de las partes más complejas y donde más fallos se han detectado en la práctica; esta etapa incluye poner en funcionamiento las políticas de la empresa, los controles, el funcionamiento del *compliance officer*, pero sobre todo un profundo proceso de entrenamiento y educación de todos los empleados¹⁹⁷⁹. Ese proceso conlleva cambiar muchas de las operaciones diarias e incluir en esas rutinas nuevos controles, es decir un cambio de cultura organizacional. Todo lo anterior conlleva un importante sacrificio de esfuerzo, tiempo y recursos empresariales, además para que la implementación se pueda considerar exitosa debe darse un resultado de asimilación por parte de los empleados además de que exista un verdadero compromiso desde la cúpula directiva, quienes deben dar el ejemplo al resto de la organización.

La puesta en práctica del programa debe ser realizada por la empresa, aquí es recomendable que quien vaya a ocupar la posición de *compliance officer* haya trabajado de cerca con las personas encargadas de diseñar el programa (si no es que el *compliance officer* fue el encargado de diseñarlo), esto le permitirá estar familiarizado con los componentes del programa y controlar la

1978 Cabe citar el ejemplo de Jack Warner, ex dirigente de la FIFA, ex vicepresidente de la FIFA, ex presidente de la Concacaf, a quien se le abrió un proceso de investigación en la FIFA por supuestamente recibir grandes cantidades de dinero sospechosas en 2011, Warner renunció y la FIFA no terminó el proceso de investigación ni impuso ninguna sanción, situación que fue cuestionada por algunos autores. Sobre esto: BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018. p. 80.

1979 BALCARCE, F/BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016. p. 164.

puesta en práctica. Las políticas y controles son los medios por los cuales se materializa el programa en el “día a día” de la empresa. Para lograr incorporar los controles y las políticas es indispensable la información y capacitación del personal sobre los nuevos lineamientos a seguir.

Como se indicó previamente, una parte esencial de la implementación es lograr arraigar la cultura ética y de *compliance* en la estructura empresarial; para lograr eso, es necesario difundir, educar y formar en estas materias a todos los empleados y directivos de la empresa. Lo anterior conlleva un trabajo que involucra a los departamentos de recursos humanos, comunicaciones, al departamento encargado de la responsabilidad social corporativa y por supuesto al órgano de *compliance* o al *compliance officer*¹⁹⁸⁰. Sin embargo, la batuta en la difusión permanente del programa de *compliance*, corre a cargo del órgano de cumplimiento; esa difusión debe realizarse tanto hacia lo interno de la empresa como hacia lo externo. La difusión hacia fuera de la empresa puede fortalecer la marca de la empresa mediante prestigio, confianza y reputación para los clientes, accionistas y socios comerciales¹⁹⁸¹, difusión que puede ser explotada por la entidad como publicidad, en virtud de que asociar su marca a una buena conducta ética es bien recibido por el consumidor.

Mientras que la difusión dentro de la empresa puede ser realizada por medio de información escrita y charlas, y los llamados *welcome packs* que son otorgados a los nuevos empleados, voluntarios o colaboradores de la empresa; en ellos se incluirá el código ético o de conducta de la empresa además de un resumen de las normas o protocolos específicos encaminados a prevenir delitos; quien recibe el *welcome pack* debe firmar su entendimiento y su compromiso de cumplimiento¹⁹⁸².

Algunos expertos recomiendan publicar el código de conducta y demás políticas de *compliance* en la página web de la empresa¹⁹⁸³. Lo anterior servirá no solo como medio de difusión para los colaboradores, sino que también ayudará en la difusión externa de los esfuerzos de *compliance* de la entidad.

1980 AIOLFI, Gemma. “Mitigating the risks of corruption through collective action”, en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 127.

1981 ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 133.

1982 Además, debe incluirse un apartado en donde se especifique el uso exclusivamente profesional de los artefactos electrónicos otorgados por la empresa, como teléfonos celulares y ordenadores, esto como una garantía para la empresa de que podrá revisar dichos instrumentos en caso de que exista una investigación interna que así lo requiera.

1983 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas”. RECPC ISSN 1695-0194. 2020. p. 18.

La experiencia internacional ha planteado como un elemento esencial de la implementación de un programa de *compliance* la formación y evaluación del personal en materia de *compliance*; e incluso la comprobación de formación en el marco de un programa de cumplimiento también ha sido utilizada como parte de los elementos de una defensa penal empresarial, y ha sido altamente valorado por las autoridades estadounidenses para no iniciar procesos penales en contra de algunas empresas¹⁹⁸⁴. Más allá de los beneficios procesales que pueda tener la formación, lo cierto es que es un elemento esencial para fomentar una verdadera ética corporativa en la empresa.

Para algunos especialistas, el entrenamiento debe adaptarse al rol y funciones concretos del empleado al que se va a capacitar, a sus potestades y funciones encomendadas, su poder en la toma de decisiones, su interacción con agentes públicos y sus obligaciones de reporte¹⁹⁸⁵. Haciéndose diferenciación respecto al nivel que el colaborador tenga en la empresa y a los riesgos concretos que tenga su puesto de trabajo; siendo que un colaborador que tenga que interactuar con funcionarios públicos en representación de la empresa, deberá contar con una formación y evaluación reforzada. Pero en todo caso la formación para los empleados debe ser obligatoria y debe ser evaluada¹⁹⁸⁶.

La formación constante en materia de *compliance* es importante para la validez del programa, sin embargo, no existen parámetros que puedan describirnos como debe ser esa formación; en virtud de lo anterior, se puede tomar como base lo indicado en otras normativas, como por ejemplo las recomendaciones de los programas de prevención del blanqueo de capitales, que establecen ciertas características respecto a la formación del personal y que podrían ser utilizadas como un parámetro en la formación en *compliance*¹⁹⁸⁷:

1984 AIOLFI, Gemma. "Mitigating the risks of corruption through collective action", en BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. p. 128.

1985 GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program An anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 134.

1986 DE LA MATA BARRANCO, Norberto. "La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos", en JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. p. 95.

1987 Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). "Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo". De 4 de abril de 2013. p. 19.

- I. Diseño del plan anual de formación en *compliance* para la empresa.
- II. Diseño de distintos cursos sobre diferentes temas y para distintos departamentos o niveles, y de acuerdo con los riesgos, en el que se incluyan aspectos teóricos y casos prácticos aplicables a la empresa en concreto¹⁹⁸⁸.
- III. Implementación de un sistema de evaluación al terminar cada curso.
- IV. Obligatoriedad de impartir cursos a los nuevos trabajadores y de darles un *welcome pack*.

Por su parte, el contenido concreto de la capacitación deberá incluir aspectos como: legislación nacional e internacional en materia anti-corrupción, sanciones y consecuencias tanto legales como disciplinarias por cometer actos contrarios a las políticas, contenido del programa de *compliance*, política de preservación de archivos, requisitos para ejecutar actos de acuerdo con el puesto y las funciones específicas de cada empleado, la importancia *reportar hechos contrarios a las políticas*¹⁹⁸⁹. Debe destacar en la formación enseñar a los empleados a *identificar riesgos y como evitarlos*¹⁹⁹⁰. Sin embargo, el objetivo de los programas formativos no debe limitarse a informar sobre aspectos de *compliance*, sino que debe lograr cultivar la cultura corporativa entre los colaboradores de la empresa. Ese programa de formación debe ir de la mano de un programa de motivación personal y profesional para los empleados, especialmente en el ámbito deportivo en donde la fuga de personal es tan alta¹⁹⁹¹.

Sobre las metodológicas a utilizar para la formación, algunos expertos recomiendan: 1. Sesiones formativas presenciales o virtuales, 2. *Mentoring*, a los nuevos empleados se les asigna un mentor

1988 Partiendo de lo establecido en la legislación de riesgos laborales y adaptándolo a la formación en temas de cumplimiento penal, deberá contemplarse también las siguientes características: *En cumplimiento del deber de protección, el empresario deberá garantizar que cada trabajador reciba una formación teórica y práctica, suficiente y adecuada, en materia preventiva, tanto en el momento de su contratación, cualquiera que sea la modalidad o duración de ésta, como cuando se produzcan cambios en las funciones que desempeñe o se introduzcan nuevas tecnologías o cambios en los equipos de trabajo. La formación deberá estar centrada específicamente en el puesto de trabajo o función de cada trabajador, adaptarse a la evolución de los riesgos y a la aparición de otros nuevos y repetirse periódicamente, si fuera necesario.* Art. 19 de la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales de 10 de febrero de 1996.

1989 GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program An anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment", en CENTONZE, F/FORTI, G/MANACORDA, S. *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. p. 134.

1990 NIETO, A/GARCÍA, B. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo", en ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *El Derecho penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. p. 186.

1991 KERWIN, Shannon. "Human resource management in sport", en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 142.

que les dará un seguimiento y los evaluará, 3. Discusiones grupales dirigidas con el uso de casos prácticos, 4. Evaluaciones), 5. Entrega del código escrito de conducta¹⁹⁹².

Tal y como se ha mencionado varias veces, el análisis de casos prácticos es muy importante en la formación de *compliance*; especialmente debe enfocarse el análisis de la recepción u otorgamiento de regalos, viajes, atenciones y entretenimiento. Para tratar ese tema es importante establecer ejemplos prácticos de las atenciones que pueden recibirse y cuales rechazarse, además de recordar la importancia de consultar al departamento de *compliance* de la empresa en caso de dudas.

Sobre ese último aspecto, es importante destacar que en el ámbito deportivo y concretamente en el marco de importantes eventos deportivos como la Copa Mundial de la FIFA y los JJOO, tanto la FIFA como el COI entrenan a sus empleados, colaboradores y agentes en general, sobre los riesgos de la corrupción y los posibles escenarios a los que deban enfrentarse en dichos eventos, haciendo especial mención a los regalos o atenciones que un patrocinador puede llegar a ofrecer y que pueden generar un conflicto de intereses o un delito de corrupción entre particulares¹⁹⁹³. Es evidente la importancia de la formación en el marco del programa de *compliance* y que su objetivo no se limita a informar sobre el contenido del programa de cumplimiento, sino que contribuye en la creación y/o fortalecimiento de una cultura corporativa.

4. Verificación y validación periódica del modelo

Las empresas cambian constantemente, la estructura, las funciones y hasta los giros de negocio van mutando de acuerdo con las necesidades que el mercado exija¹⁹⁹⁴, por lo tanto, los programas de cumplimiento no pueden ser estáticos, deben ser flexibles y su evolución y revisión constante son la base de su verdadera efectividad¹⁹⁹⁵; asimismo los riesgos de la actividad cambian

1992 Ibidem. p. 143; ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 60. La mayoría de las empresas optan por realizar de forma interna estos entrenamientos, pero se está convirtiendo cada vez más común que se contraten a profesionales expertos para temas de formación especialmente para preparar los materiales físicos o de cursos virtuales. Sobre esto último: ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014. p. 63.

1993 TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook*. 4ta ed. American Bar Association. 2015. p. 182.

1994 PUYOL, Javier. “El mantenimiento constante del modelo de compliance y su actualización periódica”, en PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. p. 280. PUYOL considera que “la empresa constituye básicamente un ser vivo”.

1995 NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Iustel. 2008. p. 231.

constantemente, es por esto que debe realizarse una verificación periódica del sistema, especialmente deben realizarse constantes mapeos de riesgos. Para GARRETT y MITCHELL, la implementación de un programa de *compliance* sin una validación o revisión rigurosa hace que toda intención del *compliance* pierda sentido¹⁹⁹⁶. En virtud de lo anterior, resulta indispensable que el funcionamiento del sistema sea verificado, pero también validado de forma periódica.

No hay un lapso de tiempo definido entre revisiones del programa de *compliance*, la revisión dependerá de cada empresa; se entiende que la revisión no estará dada obligatoriamente por el factor tiempo, si no por otra serie de factores, por ejemplo: cuando se implementen nuevas actividades comerciales, productos o servicios o se modifiquen los existentes, cambios importantes en la estrategia o estructura de la empresa, comenzar a participar en concursos de contratación pública, cambios económicos importantes como por ejemplo cambios en el mercado, detección de una actividad criminal que ponga en manifiesto una falla del sistema¹⁹⁹⁷. Pero también dependerá si generan cambios organizativos importantes, por ejemplo, cada vez que se cambia el sistema informático, cuando se ingresa en un nuevo campo de negocios, fusiones o adquisiciones o incluso cuando la empresa cambie de sede.

También se ha propuesto que exista una revisión y control de cara para evitar programas de *compliance* de maquillaje o cosméticos y aquellos encaminados a esconder los hechos delictivos, este control sería por medio de auditoras o despachos de abogados externos¹⁹⁹⁸, sin embargo, esto plantea un problema de falta de transparencia ya que al final siempre se plantea el mismo problema de que la empresa no es más que un cliente de estas auditoras externas y esto puede hacer que se las auditorías externas pierdan objetividad para mantener “*satisfacer las necesidades del cliente*”. Como posible respuesta podría aplicarse un sistema de que la empresa cambie de firma de auditoría todos los años, rotando por varias empresas auditoras previamente seleccionadas, y adoptando un

1996 GARRETT, B/MITCHELL, G. “Testing Compliance”. Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. p. 49.

1997 ISO 19600, apartado 4.6.

1998 SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”, en ARROYO, L/NIETO, A. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. pp. 100-101.

deber legal para la empresa auditora de denunciar si encuentra un hecho delictivo¹⁹⁹⁹, pero también es deber de la entidad dar toda la información para que la auditoría sea lo más acertada²⁰⁰⁰.

De esta forma se han analizados todos los elementos básicos de un programa de *compliance* para entidades en general, como se puede apreciar el mundo del *compliance* es complejo, no es solo un manual de papel, conlleva un importante esfuerzo de implementación práctica y de difusión para lograr el verdadero objetivo, moldear la cultura organizacional. Lo que tiene como consecuencia práctica que los efectos de un programa de *compliance* podrán verse a meses o incluso años desde la redacción del programa en la entidad. Eso siempre y cuando, los individuos que componen la entidad verdaderamente quieran un cambio en la cultura corporativa, es decir que exista voluntad de contar con una cultura de *compliance*, de lo contrario, el programa será solo de “papel”.

A continuación, se procederá a analizar las conclusiones del presente trabajo para posteriormente proceder a establecer recomendaciones específicas para el ámbito deportivo de conformidad con los riesgos inherentes específicos que se han analizado, la experiencia de casos de responsabilidad penal de entidades deportivas y en general de la corrupción en el ámbito deportivo profesional.

1999 Tal y como lo establece el artículo 8.k de la ley sobre Responsabilidad de las personas jurídicas sobre cohechos domésticos, soborno transnacional y otros delitos, de la República de Costa Rica: “k) Realizar una auditoría externa de su contabilidad, conforme a lo establecido en el reglamento de la presente ley o cuando las autoridades del Ministerio de Hacienda lo requieran. En caso de encontrar aparentes hechos ilícitos, el auditor externo tiene el deber de denunciar ante el Ministerio Público”.

2000 Por ejemplo, la ex *compliance officer* del F.C Barcelona informó que el club no le dio información de los pagos presuntamente realizados a Negreira. Y eso no se informó tampoco a la entidad que auditó el programa de *compliance*. Sobre esto: Cadena Ser. Reportaje: “El Barça ocultó los pagos a Negreira al auditor ético, según su exresponsable de Compliance entre 2016 y 2019”. 12 de enero de 2024. Se puede consultar en el siguiente enlace: <https://cadenaser.com/nacional/2024/01/12/la-exresponsable-de-compliance-del-barca-declara-que-la-directiva-oculto-los-pagos-a-negreira-cadena-ser/>. (Consultado por última vez el 28/01/2024).

CONCLUSIONES

1. Conclusiones sobre los objetivos específicos

En toda investigación académica, las conclusiones deben orientarse a responder los objetivos o preguntas formulados al inicio del estudio. De esta manera, las conclusiones permiten verificar si la investigación ha abordado adecuadamente todos los objetivos establecidos. Además, es crucial que las conclusiones también describan los desafíos investigativos que surgieron durante el desarrollo del trabajo y cómo se superaron dichas dificultades. De este modo, se procederá a presentar las respuestas (conclusiones) correspondientes a cada uno de los objetivos definidos.

Analizar la evolución del concepto de corrupción y delimitar un concepto moderno y acorde a la realidad socioeconómica actual: Gracias a la investigación realizada, fue posible concluir que, paradójicamente, la doctrina especializada, las leyes anticorrupción e incluso los tratados internacionales relativos a corrupción no suelen definir el concepto de manera precisa. Erróneamente se asume que es un término conocido, lo que permite que el lector interprete libremente su alcance. Dado que el derecho requiere una adecuada determinación conceptual para evitar interpretaciones analógicas, resultó necesario establecer una definición, aunque sea con fines de política criminal o incluso meramente académicos.

La visión más clásica del concepto de corrupción se limita a la corrupción pública, relacionada con la falta de probidad en la función pública. Sin embargo, desde hace ya varias décadas también se habla de corrupción en el ámbito privado; un punto de inflexión fue el caso FIFA Gate, que modificó significativamente la percepción del concepto de *corrupción*, al menos a nivel comunicacional. Esto es coherente con los cambios en la sociedad y la economía, que han pasado de estar centradas y dirigidas por el poder del Estado a ser influenciadas por grandes grupos económicos privados, más poderosos que muchos Estados, los cuales intentan limitar su poder. Asimismo, las entidades deportivas han evolucionado, pasando de ser clubes amateurs a importantes actores sociales, económicos e incluso políticos, situándose en la categoría de grandes empresas.

Los complejos entramados societarios y la globalización de la economía han propiciado una evolución en los delitos económicos, cada vez más sofisticados en su forma de comisión, y

perpetrados por empresas e incluso clubes deportivos. Ante la evolución de la delincuencia en el ámbito empresarial, resultaba necesario plantear un nuevo concepto de corrupción, contemporáneo y acorde con la realidad social, económica y criminológica. Considerando esta evolución, se definió el concepto de corrupción bajo un nuevo alcance, el cual incluye los tipos penales propios de la corrupción pública (visión clásica), del novedoso tipo penal de la corrupción entre particulares (visión más moderna del concepto) y aquellas conductas que, de alguna forma, resulten contrarias a la confianza otorgada a una persona para el desempeño de su cargo o el desarrollo de cierta actividad económica o profesional.

Por lo tanto, se construyó la siguiente definición para el concepto de corrupción: **abuso de poder para beneficio privado, que se da mediante una infracción a deberes de actuación regulados por normas legales o normas de conductas que le son aplicables al sujeto.** Este concepto abarca los delitos económicos en general, e incluso conductas fuera del ámbito del Derecho penal, como aquellas contrarias a la ética, que debe ser dictada por cada empresa o sector de acuerdo con un código de conducta o ético.

En el ámbito deportivo, el concepto de corrupción se definió tomando como base el anterior, pero incluyendo conductas adicionales propias del deporte, como el dopaje y el amaño de competiciones, también asociadas al abuso de confianza en el deporte.

Analizar el origen y evolución tanto de la doctrinaria, legislación y jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: Se ha recopilado una considerable cantidad de obras sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, incluidas tesis doctorales que han centrado su análisis en este tema. Desde el inicio, el propósito del trabajo no fue exclusivamente dedicarse a este asunto. No obstante, el autor mostró un interés profundo en estudiarlo, lo cual se refleja claramente en el desarrollo del trabajo. El objetivo principal fue analizar el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y los programas de *compliance* desde la perspectiva de su aplicación a entidades deportivas profesionales, análisis que sí se logró.

Se determinó que, desde la Revolución Francesa, los sistemas jurídicos basados en el modelo europeo continental habían limitado la responsabilidad penal exclusivamente a personas físicas,

acogiendo por lo tanto el *societas delinqueren non potest*. Sin embargo, antes de este periodo, hubo épocas en las que se aceptaba la responsabilidad penal colectiva o de elementos inanimados y otras en las que no. De este modo la teoría clásica del delito (acción-tipicidad-antijuridicidad-culpabilidad) se construyó en torno al comportamiento de la persona física, siendo que no podría ser aplicada en personas jurídicas.

Adicionalmente, fue posible determinar que la delincuencia por medio de estructuras empresariales ha aumentado en las últimas décadas, convirtiéndose en una realidad presente en todos los Estados; caracterizándose por una dificultad práctica de investigación y comprobación de responsabilidades penales individuales, lo que ha llevado a que delitos económicos con consecuencias graves en la sociedad y la economía queden en la impunidad, siendo este un reto para la política criminal.

Desde mediados del siglo pasado, distintos Estados con sistemas jurídicos de modelo europeo continental han abandonado el principio *societas delinqueren non potest*, adoptando sistemas de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Esta tendencia es creciente, mientras que los países anglosajones han aceptado esta responsabilidad por más de un siglo, inicialmente en delitos relacionados con medios de transporte colectivos (trenes, barcos), y posteriormente extendida a delitos económicos, crimen organizado, corrupción y otros.

Del análisis realizado, también resulta relevante que desde finales del siglo pasado importantes penalistas como ROXIN y TIEDEMANN (ambos alemanes) advirtieron que el nuevo milenio estaría caracterizado por una marcada tendencia de los Estados responsabilizar penalmente a las empresas. En ese sentido se logró concluir que existe una clara necesidad práctica de pasar del concepto del Derecho penal tradicional a una concepción moderna de Derecho penal económico, en donde una de las principales características que destaque en el nuevo modelo de Derecho penal sea la imputación de la persona jurídica como sujeto penalmente responsable²⁰⁰¹.

2001 ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008. p. 82. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede llegar a un escenario como el que se ha dado en Estados Unidos durante varios años, en donde las autoridades se han enfocado en la imputación penal de la PJ olvidándose de la persona física y peor aún mediante la adopción de acuerdos de NPA y DPA; lo anterior ha hecho a las autoridades a olvidarse del principio de *U.S Attorneys Manual* que recalca el deber de enfocarse en la persecución penal de la persona física. Sobre esto ultimo: *US Attorneys Manual* 9-28.210: “a. General Principle: Prosecution of a corporation is not a substitute for the prosecution of criminally culpable individuals within or without the corporation”.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido abordada como una importante herramienta en la lucha contra la corrupción, y gracias a convenciones internacionales en materia de anticorrupción (público) es que los Estados se han visto obligados (pese a que estas convenciones no ordenan responsabilidad de carácter penal) a adoptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, se puede determinar que muchos ordenamientos aplican la responsabilidad de las empresas más allá solo de los delitos de corrupción pública, englobando en algunos casos el concepto de corrupción construido en este trabajo.

También se pudo concluir que la aplicación práctica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no ha estado exenta de críticas, ya que ha sido duramente cuestionada especialmente respecto a los casos de aplicación de esta a grandes empresas (*too big to fail/too big for jail*) en Estados Unidos, ya que en algunos de los casos más graves de corrupción (como Siemens y BAE analizados en el tercer capítulo del presente trabajo de investigación) se han saldado con importantes sanciones económicas, pero sin *la acusación por delitos de corrupción lo que hubiese significado una prohibición para contratar con el gobierno para dichas empresas*²⁰⁰². Lo anterior, plantea varias dudas prácticas sobre la efectividad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas e incluso de la efectividad del Derecho penal frente a grandes agentes económicos.

Existen tres grandes modelos de imputación para la persona jurídica: el modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, el modelo de autorresponsabilidad o responsabilidad empresarial y el modelo mixto. Desde el punto de vista dogmático, se han planteado varias visiones sobre estos modelos. La responsabilidad penal de las personas jurídicas implica un cambio de pensamiento por parte de los penalistas, requiriendo una nueva construcción distinta a la responsabilidad penal de una persona física.

Como conclusión, el modelo de autorresponsabilidad es el único modelo capaz de superar el análisis constitucional, en virtud de que es el único modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que no castiga a la empresa por un hecho ajeno si no que se construye por un hecho propio

2002 Lo anterior está íntimamente relacionado con discrecionalidad de las autoridades norteamericanas para llegar a acuerdos con las empresas, los cuales sin lugar a duda pueden ser criticados por considerarse que existe un trato privilegiado a favor de las grandes empresas, en virtud de su importancia en la economía y la sociedad.

de la empresa (la no prevención del hecho delictivo, una comisión por omisión). Sin embargo, también se concluyó siguiendo el pensamiento de NIETO MARTÍN, que la responsabilidad penal de las personas jurídicas desde el punto de vista del modelo de la autorresponsabilidad debería limitarse a ser aplicado únicamente cuando las estructuras empresariales alcanzan un tamaño determinado o una complejidad organizacional que dificulte o imposibilite la persecución penal de la persona física; esto debido a que para que el modelo de autorresponsabilidad tenga sentido debe partirse de la teoría de los sistemas autopiéticos, siendo que la complejidad de la estructura empresarial es equiparable a la mayoría de edad penal en el Derecho penal de personas físicas. Desde el punto de vista de la prevención, los modelos de autorresponsabilidad penal empresarial y modelo mixto son los modelos que más promueven el desarrollo de los programas de *compliance*. Siempre que desde la perspectiva normativa se establezcan motivaciones a las empresas para adoptarlos, lo cual es verdaderamente una intención de prevenir la corrupción en sentido amplio.

En el ámbito deportivo se concluyó que en España las SAD, las sociedades deportivas no mercantiles (FC. Barcelona, Real Madrid, Athletic Club y Club Atlético Osasuna), las Ligas Profesionales y las Federaciones Deportivas Profesionales son formas de personas jurídicas según el ordenamiento español y por lo tanto pueden ser responsables penalmente como cualquier persona jurídica privada dentro del ordenamiento español. Siendo que un hallazgo fue que las Federaciones de fútbol podrán responder penalmente como entidades jurídicas, pese a ostentar una función delegada de la administración pública.

En otros países, especialmente en Suiza, donde están domiciliadas las federaciones deportivas internacionales más importantes del mundo, también pueden responder penalmente este tipo de entidades. En virtud de lo anterior, el análisis de la responsabilidad penal de las personas jurídicas logró concluir su necesidad e importancia desde la perspectiva político-criminal, adicionalmente que la responsabilidad penal de las empresas es una realidad en prácticamente todos los ordenamientos occidentales, salvo algunas excepciones que incluyen un modelo de responsabilidad administrativa. Por otra parte, existen importantes casos de responsabilidad penal de empresas relativos a entidades deportivas profesionales, lo que permite afirmar que esas entidades pueden y cometen delitos en su ámbito de actividad.

Analizar la evolución del ámbito deportivo profesional y de las entidades deportivas profesionales: Se pudo concluir que el deporte ha evolucionado de ser un simple “juego”, hasta llegar a ser un instrumento de los gobiernos y un importante agente social. Se logró determinar que existe una importante injerencia del Estado en el deporte, lo que ha tenido como resultado un modelo organizativo sumamente complejo que se ha basado en relaciones público-privadas entre distintas entidades, por ejemplo, entidades de derecho privado con potestades públicas u organización de eventos deportivos con fuertes alianzas entre ambos sectores.

Asimismo, se pudo concluir que las entidades deportivas, como clubes profesionales y federaciones, han sufrido un crecimiento económico desde la década de 1970 a raíz de los patrocinios y más recientemente gracias a los derechos de transmisión de los importantes eventos deportivos. Ese crecimiento económico ha llevado a convertir al deporte profesional en un sector sumamente lucrativo con deportistas profesionalizados. También es posible afirmar que la globalización ha llevado a que los eventos deportivos puedan ser vistos en todo el mundo. Todas estas entidades deportivas profesionales están estructuradas mediante personas jurídicas, que de acuerdo con la normativa de distintos países pueden ser penalmente responsables.

El deporte tiene su propia rama jurídica, el derecho deportivo, que ha sido utilizado como herramienta para mantener los conflictos del ámbito deportivo ajenos a las jurisdicciones legales tradicionales y además crear una especie de jurisdicción especializada. Por su parte, las entidades deportivas profesionales han tenido un crecimiento muy gran en poco tiempo, crecimiento que no ha sido adecuadamente regulado y que no fue hasta hace pocos años, que ha generado que el sector se empiece a “profesionalizar”, pero con importantes falencias regulatorias.

Analizar la evolución normativa que ha sufrido el deporte y su relación con el Derecho y especialmente con el Derecho penal: Se pudo concluir que la creación de una rama específica para el ámbito deportivo ha generado que exista una relación bastante “tensa” entre el ámbito deportivo y el Derecho penal, dejando al Derecho penal “por fuera de los estadios deportivos”. Por ello, las lesiones deportivas y las conductas violentas en este contexto no han sido tradicionalmente analizadas por los tribunales penales. Ha prevalecido la visión de que el deporte es una zona gris

para el Derecho, especialmente para el Derecho Penal, considerándose los estadios como válvulas de escape social donde casi cualquier conducta es permitida y rara vez sancionada.

Sin embargo, en los últimos años la corrupción en el ámbito deportivo ha sufrido una importante persecución penal, persecución que no ha hecho más que aumentar, lo que ha tenido como resultado lo que se podría denominar una nueva etapa en la relación “Derecho penal y el ámbito deportivo”, enfocada especialmente en conductas propias al concepto de corrupción construido en el presente trabajo.

La falta de controles en el ámbito deportivo ha permitido la corrupción del sector e incluso la penetración del crimen organizado. El concepto de corrupción dado en el primer capítulo puede ser identificado en el ámbito deportivo mediante conductas contrarias a la ética o directamente delictivas por parte de personas que abusan de las potestades de los puestos que ocupan en el ámbito, directivos, árbitros y deportistas realizan conductas corruptas.

Una de las principales conclusiones del presente trabajo es que se logró identificar una serie de características propias del ámbito deportivo, algunas no apreciables en otros sectores de la sociedad, que lo hacen un sector proclive a que se den hechos de corrupción: dinero, poder, apuestas, organización de mega eventos deportivos, relación política del sector, pasión, estructuras de las entidades deportivas y violencia. Elementos que pueden ser considerados como factores criminógenos del ámbito deportivo.

El fenómeno de la corrupción en el deporte resulta sumamente complejo de detectar y aun más de perseguir desde las instancias penales. La responsabilidad penal de las personas jurídicas se hace casi indispensable en los ordenamientos para incentivar a las entidades deportivas a que adopten una buena ética corporativa, pero también la adopción de obligaciones sectoriales resulta indispensable para garantizar ese cambio del sector.

Para muchos, el caso conocido como FIFA Gate ha marcado un antes y un después en la gestión de dicha entidad, desde que salió a la luz ese escándalo se han realizado cambios de reestructuración a nivel interno, un aumento del cumplimiento, mayor profesionalización, y un aumento en todo lo

*relacionado con una adecuada ética*²⁰⁰³. Asimismo, se ha aumentado *el control de auditoría por medio del llamado FIFA Forward*²⁰⁰⁴. Sin embargo, para algunos expertos los cambios realizados en la FIFA son meramente simbólicos, y *la forma en la que se maneja la entidad y el sector del fútbol profesionales sigue siendo igual que antes, propiciando de esa forma la corrupción*²⁰⁰⁵.

En el ámbito deportivo, se observa una tendencia de las entidades a carecer de modelos adecuados de organización y gestión, protocolos apropiados para la toma de decisiones, sistemas eficaces de gestión de recursos financieros y sanciones internas frente a conductas inapropiadas. En la mayoría de los casos, cuando jugadores o directivos son acusados de alguna irregularidad, la organización tiende a defenderlos en lugar de investigar y sancionar los hechos.

Fue posible concluir que existen importantes retos en el sector deportivo, que hacen necesaria la responsabilidad penal de las personas jurídicas para castigar los hechos delictivos que suceden en el sector, pero sobre todo la obligación de adoptar modelos de organización y gestión en el ámbito para mejorar la transparencia y cultura ética en el sector. Sin embargo, otra importante conclusión es que se requieren importantes reformas y esfuerzos reales desde lo más alto de los principales entes deportivos, especialmente federaciones internacionales.

Analizar el contenido adecuado que deben llevar los llamados programas de cumplimiento penal para prevenir la corrupción. Se pudo concluir que los programas de *compliance* son esenciales en la lucha contra la corrupción y la delincuencia económica cometidas en el ámbito empresarial. Los programas de *compliance* aplicados en entidades deportivas profesionales, resultan necesarios en la prevención y en la lucha contra la corrupción en el sector. En sus primeras versiones (procedimientos) nacieron en EEUU a raíz de las primeras sentencias penales en contra de PJ, siendo aceptados por los jueces como atenuante de responsabilidad penal poco tiempo después. ha dado los parámetros básicos en materia de anticorrupción, y concretamente los componentes con los que debe contar un programa de *compliance*. Incorporar programas de

2003 Entrevista realizada al Sr. Rodrigo Arias Grillo, miembro del departamento de Integridad de la FIFA, 14 de noviembre de 2017. Nota: las manifestaciones realizadas por el Dr. Arias Grillo son a título personal y no representa la posición oficial de la FIFA.

2004 <http://es.fifa.com/development/fifa-forward-programme/index.html>

2005 Entrevista al prof. Dr. Dr. h.c Mark Pieth, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA 2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza.

cumplimiento normativo (*Compliance*) dentro de las empresas se ha convertido en una tendencia global. Los mismos han sido identificados como una herramienta eficaz para prevenir delitos y que actualmente se encuentra en expansión entre las empresas españolas y latinoamericanas.

Los programas de cumplimiento plantean ante todo un cambio en la cultura ética de la empresa, el problema con las entidades deportivas es que primero es necesario la que se entienda que son empresas, que sean manejadas como empresas y que se dé una completa profesionalización del sector. También se pudo concluir que el análisis de riesgos de la empresa es el elemento más importante del programa de *compliance* y el elemento base para poder desarrollar el modelo de forma idónea.

Analizar los aspectos específicos que deben cumplir dichos programas cuando se vayan a implementar en entidades deportivas tomando en consideración las características específicas del sector deportivo: Existen todavía importantes retos a nivel de *compliance* en las entidades deportivas profesionales, siendo uno de los mayores retos es el cambio de cultura ética en el sector.

Fue posible concluir que el deporte ha cambiado para convertirse en una parte esencial del negocio del espectáculo y para convertir a los clubes en grandes empresas que deben ser gestionadas como tales, con la división de órganos de dirección y administración con los respectivos poderes de decisión y ejecución como cualquier empresa posee, con una implementación adecuada de separación de poderes entre distintos miembros de la empresa que evite las decisiones autoritarias y aumente de forma significativa el control.

Además, debe declararse la guerra a la corrupción en el deporte en todas sus facetas, lo cual es una tarea bastante compleja especialmente tomando en cuenta que esto puede tener consecuencias desastrosas desde el punto de vista de la contabilidad de distintos clubes deportivos. Hasta que estos dos cambios de visión no se plasmen no podrá pensarse en modelos de *compliance* efectivos

dentro de las instituciones deportivas, es decir el *compliance* debe tomarse en serio dentro *el ámbito deportivo para que se pueda concebir un cambio real*²⁰⁰⁶.

Igualmente, se pudo determinar los beneficios de que una entidad deportiva adopte medidas para prevenir la corrupción, entre los que se encuentran: reducción de costes, y evitar posibles responsabilidades judiciales y multas, *facilitar las relaciones con los patrocinadores y asegurar su prolongación en el tiempo, volverse atractivo para nuevos patrocinadores*²⁰⁰⁷, reducción de fraudes internos, evitar la mala publicidad derivada de procesos judiciales. Los clubes deportivos son grandes empresas que deben estar dotados de los mismos departamentos que tiene cualquier empresa, compuesto por personal calificado para ostentar el cargo y realizar las tareas encomendadas de una forma responsable. Las entidades deportivas están percatándose del problema de la corrupción en el deporte y están iniciando un proceso de cambio en su forma de hacer las cosas, por ejemplo, la FIFA ha iniciado una importante campaña de transparencia especialmente en la lucha contra el amaño de partidos, el COI en julio de 2017 y por primera vez introdujo aspectos de prevención de la corrupción en su contrato con la ciudad de Los Ángeles futura anfitriona de los Juegos Olímpicos en 2028, en España se exige a los clubes de fútbol que deseen competir tanto en primera como segunda división que hayan implementado un programa de *compliance*. Sin embargo, existen importantes retos todavía, que tiene como consecuencia que el sector continúe altamente expuesto a la corrupción.

Adicionalmente, fue posible concluir que los programas de *compliance* en el ámbito deportivo conllevan la necesidad de contar con conocimientos específicos del sector, conocer los retos y riesgos a los que se exponen las entidades, las características propias del sector. Así como las obligaciones sectoriales específicas. Lo anterior, tiene como consecuencia que sea un sector que plantea muchos retos a nivel de *compliance*.

2006 En ese sentido el autor comparte la visión del prof. PIETH. Sobre esto: Entrevista realizada al prof. Dr. Dr. h.c Mark Pieth, (profesor de Derecho penal y Criminología de la Universidad de Basilea, fundador y miembro del Instituto de Basilea sobre Gobernanza y ex miembro del comité independiente de Gobernanza de la FIFA -2011-2013). 16 de abril de 2018, Basilea, Suiza.

2007 United Nations Global Compact. "Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies". 2014. p. 13.

Plantear recomendaciones específicas para implementar programas de *compliance* en entidades deportivas profesionales encaminadas a luchar contra la corrupción: Las recomendaciones específicas se incluirán en un apartado posterior.

2. Conclusiones sobre el objetivo general y dificultades durante la investigación

Por último, el objetivo general del presente trabajo fue definido de la siguiente forma: *Desarrollar un estudio sobre la evolución del concepto de corrupción y su influencia en la doctrina, legislación y jurisprudencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el deporte, programas de compliance en el deporte y las características específicas del ámbito deportivo para que oriente a los futuros programas de anticorrupción.*

El objetivo general planteado al inicio de este trabajo fue ampliamente cubierto, ya que se logró un estudio amplio de los tres temas periféricos del trabajo: concepto de corrupción – responsabilidad penal de las personas jurídicas – y *compliance*, y siempre tomando como eje transversal, la corrupción en el ámbito deportivo. De esa forma se logró contextualizar de forma específica los tres temas y sobre todo se logró enlazarlos, logrando como resultado un trabajo novedoso en su contenido y su análisis interdisciplinario e Inter temático.

De esa contextualización específica se desprende el principal reto que tuvo que superarse durante la investigación; la escasa doctrina y estudios sobre la criminalidad en el ámbito deportivo. Para superar ese reto se procedió utilizar un método alternativo de información, en ese caso el estudio de noticias en medios de comunicación y las entrevistas a expertos en la materia. Por supuesto, el estudio de noticias debe ser realizado de una forma crítica y preservando la objetividad. De esa forma fue posible describir el contexto de criminalidad en el ámbito deportivo y las razones criminológicas de la corrupción en ese sector. En virtud de lo anterior, el presente trabajo ha contestado todos los objetivos propuestos, quedando como último apartado las recomendaciones desde la perspectiva de *compliance* para disminuir el riesgo de corrupción en el ámbito deportivo.

Adicionalmente, se lograron analizar los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas aplicados al ámbito deportivo y cómo el *compliance* debe ser abordado en el ámbito deportivo

profesional desde la base de las características específicas del sector, que son a su vez factores criminógenos específicos. De esa forma fue posible construir una serie de recomendaciones de cara a la implementación de los programas de *compliance* con el claro objetivo de combatir la corrupción en el ámbito deportivo profesional.

Por último, no puede pasarse por alto otra dificultad investigativa, y fue la necesidad del autor de lograr compaginar el desarrollo de la tesis doctoral con el ejercicio profesional y la docencia, sin embargo, pese a que eso significó una limitación de tiempo y conllevo que el doctorado se extendiera por un período más largo que lo inicialmente planeado, lo cierto es que también tuvo un efecto positivo, ya que permitió al autor incorporar al trabajo la experiencia práctica adquirida y también lograr que la investigación en el marco de la docencia también tuviera sus aportes a nivel de la investigación doctoral.

**RECOMENDACIONES ESPECÍFICAS PARA IMPLEMENTAR UN MODELO DE
COMPLIANCE ANTICORRUPCIÓN EN EL DEPORTE**

1. Recomendaciones de Transparencia Internacional

Como última etapa del presente trabajo, se procederá a establecer recomendaciones específicas para implementar un programa de *compliance* en entidades deportivas profesionales. Estas recomendaciones, tanto generales como particulares, están orientadas a prevenir la corrupción en el ámbito deportivo. Durante la elaboración de esta investigación, la ONG Transparencia Internacional España por medio de su Comisión de Integridad y Prevención de la Corrupción en el Deporte elaboró en el año 2017 un documento titulado *Propuestas de Buenas Prácticas y Prevención de la Corrupción en el Deporte*, el cual consta de 75 recomendaciones encaminadas a combatir la corrupción en el ámbito deportivo²⁰⁰⁸. Las recomendaciones de Transparencia

2008 Se puede consultar en el siguiente enlace: https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2017/03/propuestas_buenas_practicas_deporte.pdf. (Consultado por última vez el 28/01/2024). El texto indica lo siguiente: 1. BUENAS PRÁCTICAS Y CÓDIGOS DE CONDUCTA. Incentivar la implementación por los Clubs y Federaciones Deportivas de Códigos Éticos y/o de buenas prácticas en integridad. Creación de canales de denuncias en las instituciones y entidades deportivas acordes a los requisitos de la LOPD. Promover incentivos para denunciar actos de corrupción, dentro y fuera de las instituciones deportivas. Crear un Observatorio para la Transparencia e Integridad en el deporte. Órgano independiente de la Administración Pública que asesore, supervise y emita dictámenes de oficio o a solicitud de los clubes, asociaciones u otras instituciones. Muchos países, sobre todo en Latinoamérica, están creando estas instituciones en el sector del deporte. Limitar el número de años que se pueden ostentar cargos directivos en instituciones públicas o de interés público relacionadas con el deporte, evitando que los períodos máximos coincidan con los períodos de legislatura. Establecimiento de la obligación legal o institucional para las entidades deportivas profesionales, al menos para las de cierto tamaño, de la elaboración de un Informe anual de buen gobierno/Informe de Responsabilidad Social Corporativa. Creación de una plataforma para el debate y el intercambio de información y buenas prácticas en línea con lo demandando en la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de marzo de 2013. Propuesta de creación de un Protocolo de actuación y Procedimiento armonizado para alertar, prevenir y sancionar, en su caso, actuaciones en contra de la integridad en el deporte. Creación de la figura del Oficial de integridad en las instituciones deportivas encargado de la formación y denuncia de los casos que afecten a la integridad en el deporte o dotar a los Compliance Officer de los Clubs/SAD o de las instituciones o entidades deportivas de mayores funciones en esta materia. Se debería asegurar un marco jurídico general básico que regule los aspectos principales que conformarían el buen gobierno de las entidades deportivas. En este sentido, sería de interés prever una habilitación legal, a favor del Consejo Superior de Deportes u otro organismo público estatal, para que pudiera desarrollar, de forma reglamentaria, el régimen jurídico del buen gobierno deportivo. Sería preciso que se constituyera, a iniciativa del Consejo Superior de Deportes y con la participación conjunta de las entidades deportivas profesionales, un Comité de expertos en materia de buen gobierno deportivo, que unificara las mejores prácticas y recomendaciones en la materia, tanto nacionales como internacionales y las compilara en un Código que resultaría aplicable a todas las entidades. Estudio sobre las mejores prácticas a implementar en materia de buen gobierno ya existentes en otros sectores de la realidad social y económica, y su posible extrapolación a la realidad deportiva, así como a las prácticas relativas al Deporte a nivel internacional y en el Derecho Comparado. Necesidad de regulación de las Primas a terceros por ganar en el ámbito deportivo. Estudiar la actual regulación en ámbito penal y la necesidad de su incorporación a los Códigos éticos. 2. FORMACIÓN Y RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA EN EL DEPORTE. Elaboración de un plan formativo para deportistas profesionales y de élite con el fin de detectar, prevenir y, en su caso, alertar, acerca de prácticas contrarias a la integridad en el deporte. Puede servir como base el programa de Interpol. Realizar campañas específicas de concienciación y educación para deportistas, técnicos, dirigentes, árbitros, etc. Organizar cursos de formación en materia de integridad, no solo para deportistas sino también para dirigentes, identificando educativamente la competición con la integridad y el juego limpio. Reforzar la impartición de Cursos al final de la temporada especialmente para aquellos equipos que se encuentren en situación de ascenso o descenso, incluyendo también a aquellos clubs contra los que vayan a enfrentarse. 3. FAIR PLAY E INTEGRIDAD ECONÓMICA. En el ámbito de la integridad, tipificar sanciones que busquen un equilibrio lo más perfecto posible entre los ámbitos deportivo y económico. Actitud vigilante en los ámbitos relativos a los procesos de licitación para la organización de torneos, derechos de tv y patrocinios, y a su reparto económico entre los distintos entes deportivos. Implantación de auditorías económicas que permitan acceder a un control exhaustivo de la regularidad y estricto cumplimiento del ordenamiento jurídico en lo que afecta a comisiones a agentes y otros intermediarios en el deporte profesional. Extrapolar el reglamento de Juego Limpio Financiero aprobado por la UEFA, a otras disciplinas deportivas (sobre todo en cuanto a controlar estar al día en los pagos y establecer límites a los gastos anuales). Divulgar a modo de ejemplo para otras instituciones deportivas el Reglamento de Control Económico aprobado por la

LFP (supervisión y control económico). Promover el fair play deportivo en todas las competiciones profesionales y fomentar el control a través de un órgano externo de la solvencia de las competiciones y los clubes que en ellas participan para asegurar su viabilidad y sostenibilidad a largo plazo. Necesidad de combatir el fraude en la compraventa de acciones de sociedades anónimas deportivas, dada la realidad frecuente de la venta de sociedades anónimas deportivas sin desembolso efectivo de capital y con sujeción a cláusulas de confidencialidad, de cara presuntamente a evitar el control de la agencia tributaria e impedir el cobro de deudas originadas con anterioridad a la venta fraudulenta. Necesidad de una regulación legal específica de los Fondos de inversión en el Deporte, dada su incidencia en los presupuestos de los clubs y por consiguiente en sus posibilidades de competición.

4. **LUCHA CONTRA LOS AMAÑOS Y CONTROL DE LAS APUESTAS DEPORTIVAS.** Establecimiento de alertas tempranas en materia de adulteración de competiciones, amaños y demás prácticas perversas que puedan asociarse al concepto de corrupción en el deporte. Compromiso por escrito en forma de declaración jurada de deportistas, técnicos, dirigentes, árbitros, etc., sobre su no participación en apuestas. Inclusión de cláusulas concretas en los contratos de los deportistas y otros estamentos que recojan su compromiso de no participar en apuestas y amaños de partidos. Educar y fomentar a través de cursos y conferencias a jugadores, técnicos, directivos, árbitros, etc. de los problemas que genera la práctica de apuestas deportivas y los amaños de partidos para el desarrollo del deporte, tanto amateur como profesional. Necesidad de que las casas del sector de las apuestas deportivas participen activamente en esta materia, fluyendo más y mejor la información entre ellas y las instituciones y entidades organizadores, así como con las autoridades, siendo importante además que se desarrolle la D.A. 60 de la Ley del Juego, dada su importancia en esta materia. Posibilidad de crear una plataforma nacional, a semejanza de otros países de nuestro entorno, en el marco del Convenio del Consejo de Europa sobre manipulación de competiciones deportivas con el fin de realizar un seguimiento, análisis y evaluación de los riesgos relacionados con el amaño de partidos y facilitar el intercambio de información entre todos los actores implicados del ámbito público (fiscalía, policía y organismo regulador), privado (casas de apuestas) y deportivo (federaciones). En este sentido se recomienda utilizar como referencia la normativa sobre esta materia elaborada por el Comité Olímpico Internacional. Estudio sobre el grado de conocimiento del concepto de Integridad entre deportistas, técnicos, dirigentes, árbitros, etc. de la legalidad de las apuestas deportivas y sus consecuencias. Buscar un mecanismo para que se produzca un retorno de una parte de los ingresos de las casas de apuestas por eventos deportivos, estudiando la fijación de un impuesto o tasa que, al igual que ocurre con las quinielas a través de los Presupuestos Generales del Estado, fuera destinado su importe al deporte amateur, al fútbol base, a personas con exclusión social, o protección de menores en la práctica deportiva, ello de acuerdo con las normas recogidas sobre esta materia en la Ley del Juego vigente. Fomentar una cultura de cumplimiento que genere el rechazo de las entidades e instituciones deportivas de realizar acuerdos con casas de apuestas que hayan incurrido en infracciones relacionadas con el juego y las apuestas deportivas. Implantación del Código de Movimiento Olímpico para la Prevención y Manipulación de las competiciones deportivas (en vigor desde enero de 2016 y aplicado en los JJOO de Rio de Janeiro).

5. **DOPAJE EN EL DEPORTE.** Sancionar a los clubes, asociaciones o instituciones que no han puesto las medidas suficientes para evitar el dopaje de sus deportistas. Diferenciar el dopaje en el deporte individual del colectivo a la hora de la prevención y actuación frente a los mismos. Desarrollar formación para el deportista sobre los riesgos de alterar con sustancias su cuerpo y consecuencias futuras. Presionar a los patrocinados para ser tajantes a la hora de sancionar a los deportistas que sean sancionados por dopaje. Posible colaboración con la AEPsAD y el COI para mejorar la integridad con el dopaje. Necesidad de modificación de la LO 2/2013 para adaptarse al nuevo Código mundial antidopaje (en vigor desde el 1/01/2015) elaborado por la AMA, en aquellos aspectos que no sean contrarios a la legislación española. Necesidad de regular los mecanismos de control de dopaje y la colaboración de la institución deportiva investigada.

6. **LEGISLACIÓN Y PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES.** Reformar la Ley 10/1990, del Deporte. La legislación vigente no permite dar respuesta jurídica al escenario actual de las competiciones deportivas, ni a los casos de corrupción que han aflorado en los últimos años. Armonizar las sanciones deportivas en las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea (EEMM), con el fin de unificar las conductas prohibidas y sus respectivas sanciones en estos países, en particular, conductas de amaños de partidos, apuestas ilegales y otras infracciones del ámbito deportivo. Prohibir a los Clubes participar en competiciones si no disponen de un Código de Buenas prácticas y/o no cumplen las obligaciones legales de transparencia. Implementación de programas de prevención de riesgos penales dirigidos a disminuir y/o excluir, en su caso, la responsabilidad penal de la persona jurídica u otros entes sin personalidad jurídica. Sancionar de forma definitiva a los deportistas que hayan cometido infracciones graves en el ámbito deportivo. Inhabilitación absoluta para recibir ayudas o subvenciones cuando se haya sido condenado por delitos de corrupción deportiva o sancionado administrativamente por los mismos hechos en más de 3 ocasiones. Inhabilitación para ostentar cargos institucionales en el ámbito del deporte si se ha sido condenado por delitos de corrupción. Importantes sanciones deportivas para aquellas instituciones que pongan trabas o se nieguen a colaborar y dar información en las investigaciones relacionadas con la corrupción en todos sus ámbitos. Concienciar a las instituciones no sometidas por la Ley de Transparencia de la importancia para el desarrollo del deporte y lucha contra la corrupción a publicar los datos que atañan a sus socios/accionistas/proveedores o al público en general. Diseñar un sistema de control en los ámbitos relativos para los procesos de licitación para la organización de torneos, derechos de TV y patrocinios. Propuesta de creación de un Protocolo de actuación y Procedimiento armonizado para alertar, prevenir y sancionar, en su caso, actuaciones en contra de la integridad en el deporte. Fuertes sanciones para aquellas instituciones que se nieguen a colaborar y dar información en las investigaciones relacionadas con corrupción, independientemente del ámbito deportivo en el que nos encontremos. Adaptación nacional de la decisión Marco 2003/568, de 22 de julio en relación a la corrupción en el sector privado.

7. **DEPORTE NO PROFESIONAL Y DE MENORES.** Educar desde el inicio de la práctica deportiva a los niños y jóvenes no profesionales sobre los principios del "fair play" en sus distintas modalidades. Abordar institucionalmente las dificultades económicas que soportan los integrantes de competiciones no profesionales o categorías inferiores del deporte profesional. Propiciar una distribución más equilibrada del dinero público destinado al deporte, con una mayor aportación a los deportes no profesionales y menos

Internacional constituyen una excelente base para las entidades deportivas; sin embargo, esta investigación ha permitido desarrollar sugerencias adicionales para su implementación en el ámbito deportivo profesional.

1.2 Recomendaciones de carácter general

A continuación, se procederá a analizar las recomendaciones adicionales de carácter general que no fueron contempladas por la Comisión de Integridad y Prevención de la Corrupción en el Deporte de 2017 o aquellas que merecen ser analizadas con mayor detalle.

subvencionados por entes privados. Ciertos beneficios fiscales a aquellos clubes que cumplan los requisitos económicos que impongan sus distintas federaciones durante 3 años consecutivos (en cuanto a deudas con la Seguridad Social, pagos al corriente a árbitros, jugadores, etc.). Mayor control de los amaños y las apuestas deportivas en el deporte no profesional. Beneficios fiscales a aquellos patrocinadores que apoyen a equipos de categorías no profesionales. Realización de auditorías en las Federaciones inferiores por parte de las Federaciones autonómicas, para prevenir y/o evitar la corrupción a pequeña escala en el deporte. Mayor control médico para evitar alteración del cuerpo a través de sustancias dopantes en deportistas no profesionales. Revisión y adecuado control del cumplimiento del artículo 19 del Reglamento FIFA en relación con el fichaje de menores, con la finalidad de detectar y evitar algunas de las prácticas ilícitas existentes y dirigidas a sortear la ley en esta materia. Posible colaboración en este terreno con organismos nacionales y/o internacionales dedicados a la infancia.

Ya existe una legislación en la CAM que exige al personal técnico que trabajen con niños y jóvenes un certificado de idoneidad, pero si éste se exigiera realmente la mayoría de los técnicos federativos no podrían trabajar, en muchos casos los técnicos y los que dan clase son menores de edad y con una formación muy escasa. Diferenciación nítida del deporte profesional y el que no lo es a la hora de exigir la implantación de todas las actuaciones de ésta no solo atendiendo al riesgo posible sino a las posibilidades económicas de poderlas llevar a cabo. 8. TRANSPARENCIA EN EL DEPORTE Y DIVULGACIÓN SOCIAL. Instar a todos los clubes y federaciones a proporcionar la información financiera relevante en sus páginas Webs conforme a la Ley de Transparencia. Publicar todos los contratos y documentación de relevancia económica cuando la asociación o institución reciba subvenciones o ayudas públicas, conforme a la Ley de Transparencia, publicando las Cuentas anuales, los presupuestos y el plan económico para el ejercicio siguiente. Transparencia de acuerdos económicos relacionados con la organización de una competición deportiva (ya sea nacional o internacional): contratos, concursos de adjudicación, patrocinios, gastos en instalaciones, inversión pública y privada, reparto de derechos televisivos, etc. Formación e información permanente dirigida a deportistas, cargos directivos e instituciones de cara a prevenir la corrupción e incentivar las buenas prácticas en el deporte (fair play). Establecer sistemas de transparencia absoluta en el análisis y distribución de los fondos públicos en las entidades deportivas oficiales (Federaciones territoriales, nacionales...). Desarrollo de campañas de formación sobre Códigos éticos y programas de cumplimiento, no solo en los clubes y asociaciones o federaciones, sino también a nivel particular de los propios deportistas. Se recomienda a tal efecto la captación de deportistas de primer nivel para que puedan colaborar o, al menos, difundir las ideas medidas como las que se proponen en este documento. Desarrollo de portales comunes de transparencia para las instituciones y Clubs pertenecientes a cada uno de los deportes (o modalidades), a semejanza de los portales de transparencia de los gobiernos. Crear un organismo dentro de cada federación deportiva, o liga profesional (o bien dotar de estas funciones a una entidad independiente), cuyo cometido estuviera basado en el control (fiscalización) y publicación de informes respecto al cumplimiento de los clubes y/o deportistas profesionales de tres ejes básicos de transparencia: a) Deportiva (cumplimiento de códigos éticos, Carta Olímpica, derechos y deberes de los deportistas, etc.), b) Económico-financiera (grado de cumplimiento del fair play financiero, auditorías internas y externas, topes salariales, etc.), c) Institucional-social (acceso a la entidad deportiva, condición de socio, estructura interna de la entidad, etc.) Dichos informes podrían incorporar también la situación en la que se encuentra la entidad respecto de sus obligaciones con la Agencia Tributaria y la Seguridad Social. Realización de un estudio sobre el grado de conocimiento de las Prácticas de Buen Gobierno por parte de los distintos sujetos que pertenecen al ámbito del deporte (deportistas, técnicos, dirigentes, árbitros, etc.).

1.2.1 Cambio en la administración de entidades deportivas

Es importante que las entidades deportivas profesionales sean gestionadas como grandes empresas y profesionalización del sector: es el cambio de cultura que debe darse en clubes deportivos y especialmente en los más grandes (económicamente hablando), ya que las entidades deportivas profesionales deben ser administradas como grandes empresas. Deben contar con una estructura interna digna de una gran empresa. Siendo altamente recomendable una completa “profesionalización” del sector.

Es necesario establecer planes financieros y de operaciones, dado que si bien los clubes de élite pueden generar ingresos considerables, sus costos operativos son exorbitantes, lo que limita considerablemente sus márgenes de ganancia y los expone a riesgos financieros significativos. Por ende, es vital implementar planes financieros operativos tangibles que se ejecuten meticulosamente para prevenir situaciones de insolvencia o crisis financiera.

En términos de gobernanza, es crucial establecer y mejorar continuamente políticas que rijan las decisiones de las entidades deportivas, promoviendo la transparencia, la democracia y la representatividad de las partes interesadas, particularmente *los socios de los clubes deportivos*²⁰⁰⁹.

Asimismo, es esencial imponer límites a los mandatos de los altos directivos en las organizaciones deportivas, con el fin de evitar concentraciones excesivas de poder, por ejemplo, el COI establece un *máximo de 12 años para su presidente*²⁰¹⁰, mientras que en la FIFA no existe esta prohibición y los últimos dos presidentes Sepp Blatter y Joao Havelange estuvieron por 18 y 24 años respectivamente al frente de la FIFA. Lo mismo que para *los presidentes de los clubes deportivos*²⁰¹¹ para quienes deben establecer mecanismos efectivos de control y fiscalización.

2009 Comisión Europea. “Libro blanco sobre el deporte”. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. Luxemburgo. 2007. p. 24. La Unión Europea aboga por un modelo de autorregulación por parte de las entidades y clubes deportivos, pero con la ayuda de los estados y de la misma UE para su adecuada implementación.

2010 Sobre esto: WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 27. Mandato inicial de 8 años y la posibilidad de reelección por un periodo único de 4 años.

2011 Recomendación incluida en: GARCIA, M/BORBÉLY, C. “Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup bidding process”. p. 344. También llamado Informe Garcia se puede consultar en: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/87/97/aus_bel-ned_eng_esp-por_jpn_kor_qat_report_neutral.pdf

Transparencia de los estados financieros: transparencia respecto al uso de los recursos, publicidad de estados financieros, por ejemplo, la FIFA entrega \$250.000 al año a cada federación nacional, *dinero que no se debe justificar como se utiliza*²⁰¹².

Gestión de la crisis: Establecer un protocolo para manejo de crisis, con planes preestablecidos y cursos o ejercicios prácticos, dentro del plan deben incluirse a los equipos de comunicación, seguridad, entre otros. Enfocado en cómo afrontar crisis mediáticas por delitos o incumplimientos éticos de la entidad o sus deportistas. *Incluir un plan de acción y gestión de crisis en caso de presentarse un hecho delictivo por parte de un agente, empleado, directivo, deportistas, médico u otros, de la entidad deportiva*²⁰¹³.

Protocolos para eventos masivos: Establecer un protocolo para eventos deportivos con presencia masiva de aficionados que incluya aspectos como: análisis de riesgo del evento, planes de evacuación y plan de respuesta de los equipos de emergencia, revisión de las instalaciones previo al evento (detección de paquetes sospechosos), adecuado cierre de las instalaciones, registro de los aficionados y sus pertenencias, establecimiento de áreas seguras, adecuada señalización de materiales prohibidos dentro de los recintos deportivos.

Además, se hace indispensable la instalación de un circuito cerrado de cámaras de video vigilancia dentro del recinto y en áreas cercanas, la prohibición de guardas materiales peligrosos dentro de las instalaciones deportivas, control de los vehículos que se estacionan dentro y fuera del recinto, un sistema de notificaciones y de información sobre qué hacer en caso de emergencia para los aficionados, jugadores y personal de la entidad deportiva, comunicación constante con los servicios de emergencia para atender cualquier tipo de emergencia además de contar con un equipo de comunicación de respaldo.

2012 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering*. Ed. Springer. 2014. p. 51. Deben contemplarse la prevención y respuesta ante atentados terroristas, que ya han sucedido como en la Maratón de Boston de 2013 o en las afueras del estadio Saint Denis en París mientras jugaban las selecciones de Francia y Alemania el 14 de noviembre de 2015, recordando que dada la gran concentración de personas en eventos deportivos los convierte en sitios de alto riesgo

2013 United Nations Global Compact. "Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies". 2014. p. 21.

Se deben *establecer barreras físicas que protejan a las multitudes de atropellos masivos o de coches bomba y demás posibles situaciones terroristas*²⁰¹⁴, agentes de paisano antes, durante y después de los eventos, asegurar todas las áreas que contengan sistemas de ventilación o calefacción así como sistemas eléctricos y de gas, establecer sistema de control de acceso para zonas no públicas de los recintos, adecuadas luces en el recinto así como luces de emergencia, tiquetes revisados electrónicamente, revisión de los equipos de prensa, establecer horarios fijos para que los proveedores entreguen la mercadería, cierre del estadio antes del inicio del evento, revisión de antecedentes penales de todo el staff del evento, credenciales con fotografía y con mecanismos de seguridad que impidan su falsificación, identificación de puntos vulnerables y fortalecimiento de los mismos, realizar simulacros de emergencia con el staff de la organización, establecer una forma adecuada y que no produzca pánico para evacuar el recinto deportivo además, entre otras²⁰¹⁵.

Si bien muchas de estas normas se cumplen en Europa, la realidad es muy distinta en otros continentes. M&A en el ámbito deportivo: Establecer nuevos mecanismos para regular la adquisición de equipos deportivos, con limitaciones, que *protejan a los socios minoritarios*²⁰¹⁶, y evitar o limitar a socios únicos. Adicionalmente la obligatoriedad de implementar procesos de debida diligencia antes de efectuar adquisiciones o fusiones.

Educación de los deportistas: Un verdadero compromiso de organismos dedicados al deporte con el fomento de la educación de los deportistas; no existe ningún parámetro objetivo para medir la educación de los deportistas antes de convertirse en profesionales, la carrera de los deportistas es corta, y en la mayoría de los casos no garantizaran ingresos adecuados para el resto de la vida una vez se termine la vida deportiva profesional.

2014 HALL, Stacey “Crisis management”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 393.

2015 Ibidem. pp. 396-398; Debe tomarse como referencia la evacuación del estadio Santiago Bernabeu el 12 de diciembre de 2004, cuando jugaban el Real Madrid contra la Real Sociedad, una amenaza de bomba llevo a los cuerpos de seguridad a suspender el partido y a evacuar a las más de 70.000 personas presentes en tan solo 8 minutos, dando un ejemplo a todo el mundo de cómo proceder ante una supuesta amenaza, cabe destacar que por la megafonía del estadio nunca se indicó que se estaba ante una amenaza de bomba lo que permitió un desalojo en orden y sin mayores incidentes.

2016 BEECH, John. “Ownership”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 346.

Las entidades deportivas deben asegurarse de que los deportistas juveniles de forma conjunta a su desarrollo deportivo un desarrollo educativo acorde a su edad, que no se limite a educación básica, sino que conlleva formación profesional o técnica. Formación permanente de los jugadores no solo en el tema de prevención de la corrupción, además de *una formación básica con la que deban contar todos los deportistas*²⁰¹⁷.

Sanciones y educación que fomenten el respeto: La imposición de importantes sanciones deportivas a los jugadores que irrespeten al árbitro, en virtud que el mismo representa una figura de autoridad en el deporte y debe ser respetada, importante especialmente para que los jóvenes aprendan a respetar a las figuras de autoridad, debe copiarse el modelo de Rugby en donde la figura del árbitro está ampliamente protegida y cualquier insulto hacia él mismo conlleva una importante sanción, no solo el jugador es expulsado del partido, sino que se enfrenta a sanciones que van desde dos semanas hasta 5 años.

Third party compliance: Los clubes o entidades deportivas deben exigir que las empresas (especialmente patrocinadores) y otros clubes (incluidos extranjeros) con los que se van a establecer relaciones comerciales cuenten con un programa de *compliance*. Además de un sistema de control y aprobación previa por parte las autoridades respecto a las empresas que desean ser patrocinadores de clubes o actividades deportivas.

Auditoría del programa de *compliance*: Aplicación de auditorías externas por medio de empresas auditoras y despachos de abogados para la revisión del programa de *compliance*, se recomienda rotar cada año a la empresa de auditoría a cargo del servicio.

Controles en la venta de entradas: Transparencia a la hora de la venta de entradas, considerando aspectos como controles de los medios de pago (falsificación de tarjetas), prohibición de compra por parte de revendedores, o *cuando se gestiona la venta de entradas devueltas por los socios que no se van a utilizar*²⁰¹⁸.

2017 Muchos de los deportistas quedan en bancarrota tan solo unos años después de haber terminado su carrera profesional y no tienen un oficio o carrera que ejercer. Mientras que en EEUU muchos deportistas ingresan a universidad con becas deportivas y prefieren ejercer un trabajo relacionado con su carrera profesional y abandonar su carrera deportiva.

2018 TV3, reportaje: "El FC Barcelona va donar un tracte diferenciat a dos turoperadors en la venda d'entrades del Camp Nou" de 6 de julio de 2017, como parte de una serie de reportajes que ponen en evidencia una mala gestión de la venta de entradas por parte

Modelos financieros rentables: La implementación por parte de las federaciones nacionales e internacionales, la aplicación de un modelo orientado a la igualdad entre los clubes, por medio de límites de gastos en salarios por parte de los clubes (*Salary Cap*), límites de gasto, límite de ingresos, entre otros, estas medidas de control financiero han sido implementadas en las principales ligas de Estados Unidos de América como la NBA, NHL la MLS, en las cuales se obligan a *los clubes a aplicar mecanismos de autocontrol económico y financiero para fijar límites al gasto de cada equipo y evitar situaciones de crisis financieras*²⁰¹⁹. Mientras que la NFL *limita el gasto total del equipo por temporada*²⁰²⁰, algo que tendría más cabida en el modelo europeo. Por otra parte, que la NBA establece un llamado “*luxury tax*” el cual establece un límite del gasto total del equipo en salarios el cual puede pasarse, pero el equipo deberá de pagar este “*tax*” que es sumamente alto y complejo de calcular, por lo *cual la mayoría de los equipos suele mantenerse dentro del límite establecido*²⁰²¹.

Atención al mérito: selección de personas para puestos clave de administración y gestión de acuerdo con sus méritos y experiencia.

1.2.2 Prevención de la corrupción en general²⁰²²

del club. Se puede consultar en: <http://www.ccma.cat/esport3/el-fc-barcelona-va-donar-un-tracte-de-privilegi-a-dos-turoperadors-en-la-venda-dentrades-del-camp-nou/noticia/2798359/#>.

2019 CAZORLA, L/BLEIN, A. “Las sociedades anónimas deportivas. Legislación concursal y deporte”, en PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. p. 433. Por ejemplo, el dinero recaudado por la venta de camisetas de clubes de la NBA y NHL entra a las cuentas de dichas entidades y esta las repartirá en montos iguales a los equipos de las ligas, sin embargo, en Europa no es posible establecer controles como esos. La MLS ha establecido la limitación de jugador franquicia en donde cada club tiene dos cupos con salarios ilimitados y el resto con un tope salarial. El jugador Sueco Zlatan Ibrahimovic pasó de cobrar 21.8 millones de euros en el Manchester City a cobrar solamente 1.2 millones en Los Ángeles Galaxy debido a que el club ya tenía cubiertos los cupos de jugador franquicia. Sobre esto: Diario Marca: “Ibrahimovic pasa de cobrar 21.8 millones a sólo 1.2: se reduce el sueldo...!!un 95% para ir a la MLS!!”. 24 de marzo de 2018. Se puede consultar en: <http://www.marca.com/futbol/estados-unidos/2018/03/24/5ab6487946163f221d8b45c5.html>. (Consultado por última vez 28/01/2024).

2020 STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009. p. 46.

2021 Estas medidas tienen como objetivo garantizar la estabilidad financiera de los clubes evitando quiebra de los mismos (casi 30 de los 40 equipos que componen las ligas de primera y segunda división en España han estado en quiebra); pero también se busca asegurar una competencia equitativa entre los clubes, no como sucede en España que desde 1985 solo 5 equipos distintos al Real Madrid y al FC Barcelona han ganado la Liga tendencia que se ha marcado especialmente desde la temporada 2004/05 hasta la fecha solo el Atlético de Madrid ha logrado arrebatárselo el título en una ocasión a los dos equipos dominantes. Esto plantea un cambio desde el punto de vista continental y por parte de la UEFA ya que sí un solo país ejecuta una política con estas características significaría el final de dicha liga.

2022 Recordando el concepto de corrupción amplio dado en el primer capítulo del presente trabajo, que abarca también los delitos económicos.

Transparencia Internacional recomienda *crear un Observatorio para la Transparencia e Integridad en el deporte. Órgano independiente de la Administración Pública que asesore, supervise y emita dictámenes de oficio o a solicitud de los clubes, asociaciones u otras instituciones*. No obstante, se considera insuficiente esta medida, por lo que se plantea la necesidad imperiosa de establecer una Agencia deportiva internacional anticorrupción, la cual disponga de autonomía tanto en su ejecución como en la gestión de sus recursos financieros. Esta agencia tendría como objetivo primordial la prevención y combate de la corrupción en el ámbito deportivo a nivel global, siguiendo una estructura similar a la de las Agencias Anticorrupción, pero con un enfoque específico en el deporte.

Entre las atribuciones que se le asignarían a esta agencia se encuentran: la evaluación de la adecuación de los programas de cumplimiento de las entidades deportivas, la provisión de educación y asesoría preventiva, la recepción y análisis de denuncias, la realización de investigaciones, la presentación de denuncias ante las autoridades competentes y el acompañamiento durante las investigaciones judiciales pertinentes. Asimismo, se contempla la viabilidad de establecer un tribunal ético especializado en asuntos deportivos, con capacidad para imponer sanciones deportivas a los atletas y sanciones económicas y medidas de reforma a las entidades deportivas implicadas en actividades delictivas²⁰²³.

Protocolo de relaciones con funcionarios públicos: Las entidades deportivas deben redactar políticas que regulen las relaciones con los funcionarios públicos, cómo se pueden dar, políticas de atenciones que se pueden dar.

Agentes deportivos: implementar mayores requisitos y mayor regulación para *poder ejercer como agente deportivo*²⁰²⁴. Así como manuales de buenas prácticas y la posibilidad de sanciones importantes para los agentes en caso de incumplimiento de la regulación²⁰²⁵.

2023 NIETO MARTIN llama la atención sobre la necesidad de delimitar adecuadamente las funciones de las Agencias Anticorrupción, siendo necesario además que dentro de esas funciones se incluyan medidas de carácter preventivo y no solo reactivo. Sobre esto: NIETO MARTÍN, Adán. “Las agencias anticorrupción en busca de un diseño para una institución necesaria”. Rev. penal México, ISSN 2007-4700, N°. 18, 2021. pp. 27-42

2024 Entrevista realizada a la Sra. Pilar Chavarría, *Compliance Officer* del Club Atlético de Madrid, 31 de julio de 2023. Nota: las manifestaciones realizadas por el Sra. Chavarría Arias son a título personal y no representa la posición oficial del Atlético de Madrid.

2025 Deberían limitarse los ingresos que estos pueden obtener tal y como sucede en Estados Unidos de América en donde son limitados a un 4% desde hace varias décadas.

Control de transferencias: Mayor control y transparencia en las transferencias de jugadores, especialmente en el ámbito del fútbol, por ejemplo, el sistema implementado por la FIFA, el *International Transfer Certificate*, no exige ningún reporte sobre el origen de los fondos. La FIFA no debería de ser el único organismo que reciba los datos del *Transfer Matching System* (TMS), esta información debería de compartirse con organismos públicos especialmente aquellos que trabajan en la prevención de blanqueo de capitales.

Transparencia en la selección de países sede de grandes eventos deportivos: *las entidades deportivas como la FIFA y el COI deben establecer mecanismos limpios de selección de los países sedes de eventos deportivos, que garanticen la imparcialidad de los miembros y no permitan la corrupción de estos, así como hacer pública toda la información referente a estos concursos*²⁰²⁶. Adicionalmente, implementar protocolos para la organización de mega eventos deportivos: Para combatir el pago de sobornos para la adjudicación de sedes de mega eventos deportivos (etapa 1 de la organización de eventos deportivos), debe establecerse una serie de controles internos por parte del COI y la FIFA y todo ente que realice este tipo de evento, además de restringirse las conversaciones y reuniones de las personas encargadas de tomar estas decisiones con los organizadores de la candidatura del país o ciudad sede, por otra parte *deben mejorarse los sistemas de investigaciones internas y la colaboración con las autoridades para la imputación penal (si procede) de este tipo de hechos*²⁰²⁷.

Atenciones y regalos: Prohibición a los miembros de las federaciones y demás entes deportivos de aceptar regalos o atenciones irracionales.

Control de negociaciones: Estrictos controles sobre las condiciones en las que se plantean los partidos amistosos entre naciones y equipos, especialmente los de países que aspiran o serán sede de importantes eventos deportivos.

2026 GARCIA, M/BORBÉLY, C. "Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup bidding process". p. 344. También llamado Informe Garcia se puede consultar en: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/87/97/aus_bel-ned_eng_esp-por_jpn_kor_qat_report_neutral.pdf. Recientemente el COI ha exigido planes anticorrupción a las ciudades que aspiran a ser sede de los JJOO.

2027 Blog The FCPA Blog: "Olympic anti-corruption measures, in three dimensions". De 9 de febrero de 2018. Se puede consultar en: <http://www.fcablog.com/blog/2018/2/9/olympic-anti-corruption-measures-in-three-dimensions.html>

Controles y transparencia respecto a la función que realizan terceros como asesores y consultores de entidades deportivas profesionales.

Para combatir el pago de sobornos para la construcción de recintos deportivos previo a la realización de mega eventos deportivos (etapa 2 de la organización de eventos deportivos) *los países deben adoptar legislaciones anti corrupción que incluyan y castiguen tanto la corrupción pública como la privada*²⁰²⁸, pero también las entidades como la FIFA y el COI deberían de exigir garantías de transparencia, prácticas anticorrupción y programas de *compliance* como parte de los requisitos al presentar una candidatura para organizar un mega evento deportivo.

Incluir a los miembros de las federaciones deportivas, del Comité de la FIFA, el COI, representantes de deportistas, deportistas, dueños de estadios, dueño de clubes deportivos en una categoría similar a la *Personas Políticamente Expuestas (PEP)*²⁰²⁹, en materia de prevención de blanqueo de capitales.

Mayor participación de mujeres en entidades deportivas especialmente en altos puestos: Un aumento exponencial de la representación de mujeres en posiciones de gestión, liderazgo y en general en *las directivas de los organismos deportivos y clubes*²⁰³⁰.

Incluir a las instituciones deportivas como sujetos obligados ante el Sepblac, por ende, una modificación al artículo 2.1 de la Ley 10/2010, de 28 de abril de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

Registro de beneficiarios finales: Publicidad de los verdaderos dueños o accionistas mayoritarios de los clubes y demostración por parte de los clubes deportivos del origen de los fondos utilizados.

2028 Ibidem.

2029 MARTIN DE SANCTIS, Fausto. "Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry", en ASSLANDER, M/HUDSON, S. (Dir.) *The handbook of business and corruption*. Ed. Emerald Publishing. 2017. p. 445.

2030 HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. Ed. McClelland & Stewart Ed. 2008. p. XVII.

1.2.3 Prevención de la violencia:

Sanciones y educación: Imponer sanciones disciplinarias ejemplares para casos de violencia por parte de jugadores y aficionados, aplicar sanciones similares a las que se han adoptado por parte de la NBA en casos de peleas en partidos, suspendiendo hasta por una temporada a los jugadores y castigándoles el salario con sanciones que han llegado hasta más de *cuatro millones de dólares*²⁰³¹. Los clubes deportivos han optado por la mala costumbre de proteger a sus jugadores frente a los castigos de las federaciones y pensar en un escenario en que el deportista sea castigado por su propio club pareciera impensable, esta mentalidad debe cambiar, los deportistas deben comportarse como modelos a seguir para las sociedades y por lo tanto deben poder ser objeto de castigo. Y si los clubes no los castigan las federaciones deben realizarlo; por ejemplo, la NFL prevé sanciones a los jugadores por casos de violación de la ley, es decir si un deportista es hallado culpable de un delito además de la sanción penal recibirá una sanción deportiva que es dejada a discreción del *comisionado de la NFL*²⁰³², algo que logra poner en evidencia un verdadero compromiso de la liga con una conducta recta de sus jugadores y una buena imagen. *Imponer sanciones disciplinarias a conductas claramente antideportivas y que sean potencialmente peligrosas*²⁰³³. Además, prohibir la entrada a aficionados violentos a los estadios y erradicar a los grupos ultras. Adoptar un deber de denuncia penal de conductas que vayan más allá de una falta antideportiva y que puedan llegar a constituir un delito.

1.2.4 Manejo de comunicaciones

2031 ABRAMS, R.I/ROBERTS, G.R/ROSS, S.F/ WEILER, P.C. *Sports and the Law. Text, cases and problems*. 4ta ed. Ed. West. 2011. pp. 31-33.

2032 WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010. p. 302.

2033 *El motociclista de Moto2 Romano Fenati tocó la maneta de freno de un rival ocasionándole frenar abruptamente en un recta con gas a fondo, Fenati recibió la bandera negra en dicha carrera y suspendido por la organización por dos carreras debido a comportamiento antideportivo, pero lo más destacable fue que su equipo de Moto2 lo despidió por dicho incidente, destacando una decisión que más entidades deportivas deberían de poner en marcha, dejando en evidencia un rechazo a cualquier tipo de conducta antideportiva*. Sobre esto: Diario La Vanguardia: “Romano Fenati, despedido por accionar el freno de un rival”. 10 de septiembre de 2018. Se puede consultar en: <https://www.lavanguardia.com/deportes/motociclismo/20180910/451735605150/romano-fenati-despedido-moto2-frena-misano.html>

Protocolo de comunicaciones: Las entidades deportivas deben establecer un protocolo de comunicación, con estrategias de comunicación y un encargado de comunicación oficial, además de *un sistema disciplinario para aquellos casos en que se infrinja este protocolo*²⁰³⁴.

Protocolo de redes sociales: Deben elaborarse guías para el uso de redes sociales, o la cesión de las redes sociales de los deportistas a los clubes deportivos. Por ejemplo, *COI ya implementó guías sobre cómo deben publicar los deportistas en las redes sociales mientras se encuentren en los JJOO*²⁰³⁵. Obligaciones y prohibiciones del material de redes sociales vía contrato con los deportistas.

1.2.5 Prevención del dopaje

La educación de los deportistas es fundamental a lo largo de toda su carrera, pero adquiere especial relevancia durante su etapa juvenil. Se les instruye sobre la prohibición categórica del uso de sustancias dopantes, así como de los graves riesgos que estas conllevan para su salud y su trayectoria deportiva en caso de ser descubiertos.

Para fortalecer la integridad en el deporte, se han implementado mayores controles tanto por parte de las autoridades competentes como de las propias entidades deportivas. Estos controles se llevan a cabo de manera más rigurosa y frecuente para garantizar el cumplimiento de las normativas antidopaje.

En consonancia con esta firme postura, se han establecido castigos más severos para los casos de dopaje, agilizando los procesos disciplinarios correspondientes. La prontitud en la aplicación de sanciones contribuye a disuadir conductas fraudulentas y proteger la equidad en la competición.

Los clubes deportivos y los patrocinadores han adoptado una política de tolerancia cero hacia el dopaje. Para respaldar esta posición, se incluyen cláusulas contractuales que prevén multas

2034 HALL, Stacey “Crisis management”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 392.

2035 GEURIN-EAGLEMAN, Andrea. “Media and communications”, en BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016. p. 131.

significativas en caso de detección de casos de dopaje, así como la posibilidad de rescindir contratos. Esta firmeza en las medidas disciplinarias busca preservar la integridad del deporte y proteger la imagen de quienes lo representan.

Claramente se evidencia que numerosas recomendaciones están dirigidas hacia el fomento de una cultura ética dentro del ámbito deportivo. Además, se aboga por una aplicación rigurosa de normativas que son comunes en otros sectores económicos, pero que aún no han sido plenamente adoptadas en el deportivo, donde la laxitud parece persistir. Esta laxitud conlleva a una falta de compromiso con el *compliance*, lo cual es imperativo abordar.

BIBLIOGRAFÍA

Libros monográficos y obras colectivas:

1. ALAPONT, José León. *Canales de denuncia e investigaciones internas en el marco del compliance penal corporativo*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023.
2. ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. Ed. Universidad Complutense de Madrid. 1978.
3. AGUILERA GORDILLO, Rafael. *Manual de compliance penal en España. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fundamentación analítica de base estratégica. Requisitos del compliance program*. 2ª ed. Ed. Aranzadi. 2022.
4. ARTAZA VARELA, Osvaldo. *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Ed. Marcial Pons. 2013.
5. AYALA DE LA TORRE, José María. *Compliance*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2016.
6. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Ed. Aranzadi. 2011.
7. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *La responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Bosch. 1998.
8. BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Auditoría de sistema de gestión. Compliance. 31 bis CP, ISO 19600 e ISO 37001*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.
9. BAJO ALBARRACÍN, Juan Carlos. *Sistema de gestión compliance. Guía práctica para el compliance officers*. Ed. CEF. 2017.
10. BALDOMINO DÍAZ, Raúl Andrés. *Base de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2022.
11. BARAHONA KRUGER, Pablo. *Corrupción e impunidad: correlaciones e implicaciones*. . Ed. Juridica Continental. 2004.
12. BARBIERI, Pablo. *Fútbol Profesional. Reformas de los reglamentos FIFA. Derechos Económicos y Federativos*. 20XII Grupo Ed. 2015.
13. BARBIERI, Pablo. *Futbolistas profesionales en la Argentina*. Ed. Ad Hoc. 2014.
14. BASABE SERRANO, Santiago. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas desde la teoría de los sistemas*. Ediciones Abya-Yala Corporación Editora Nacional. 2003.
15. BENSINGER, Ken. *Red Card. How the U.S blew the whistle on the world's biggest sports scandal*. Ed. Simon & Schuster. 2018.

16. BERRUEZO, Rafael. *Personas jurídicas. Teoría del delito, compliance, autoría y participación*. Ed. IB de F. 2023.
17. BETTS, Michael J. *Investigations of Fraud and Economic Crime*. Ed. Oxford University Press. 2017.
18. BISHOP, Joel Prentiss. *Commentaries on The Criminal Law*. 7va ed. Ed. Little, Brown and Company. 1882.
19. CARFAGNA, Peter A. *Sports and the Law. Examining the legal evolution of America's three Major Leagues*. 3era ed. Ed. West Academic Publishing. 2017.
20. CASANOVAS YSLA, Alain. *Legal Compliance. Principios del Cumplimiento Generalmente Aceptados*. Ed. Economist & Jurist Difusión Jurídica. 2012.
21. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *Derecho Penal. Parte General. Tomo III*. Ed. Jurídica Continental. 2010.
22. CASTILLO GONZÁLEZ, Francisco. *El delito de legitimación de capitales*. Ed. Jurídica Continental. 2012.
23. CEREZO MIR, José. *Curso de Derecho Penal español. Parte General. Tomo II. Teoría Jurídica del delito*. 6ta ed. Ed. Tecnos. 2005.
24. CIGÜELA SOLA, Javier. *La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2015.
25. COCKCROFT, Laurence. *Global Corruption*. . Ed. I.B Tauris & Co. 2012.
26. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito de corrupción deportiva*. Ed. Tirant lo Blanch. 2012.
27. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. *El delito Dopaje*. Ed. Tirant lo Blanch. 2007.
28. CUEVAS OLTRA, Carlos Manuel. *Personas jurídicas. Delitos, garantías y compliance*. Ed. Bosch Editor. 2023.
29. DEMETRIO CRESPO, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Ed. Jurídica Continental. 2017.
30. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. *Derecho Penal del Deporte*. Ed. Bosch. 2010.
31. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis. *Sistema de Derecho Civil. Vol. I*. Ed. Tecnos. 1998.
32. ESPEJO POYATO, Isabel. *Administración Tributaria y jurisdicción penal en el delito fiscal*. Ed. Marcial Pons. 2013.
33. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *El delito corporativo en el código penal español*. Ed. Thomson Reuters. 2015.

34. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. *Derecho Penal de la Empresa e Imputación Objetiva*. Ediciones Olejnik. 2017.
35. FUENTES OSORIO, Juan Luis. *Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas*. Ed. Bosch Editor. 2023.
36. GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal compliance*. Ed. Palestra. 2014.
37. GARCÍA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. 2da ed. Ed. IB de F. 2015.
38. GEIS, Gilbert. *White-Collar and Corporate Crime*. Ed. Oxford. 2016.
39. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *Compliance y proceso penal*. Ed. Thomson Reuters. 2016.
40. GIMENO BEVIÁ, Jordi. *El proceso penal de las personas jurídicas*. Ed. Thomson Reuters. 2014.
41. GOENA VIVES, Beatriz. *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. Ed. Marcial Pons. 2017.
42. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos Modernos de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases Teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*. Ed. IB de F. 2010.
43. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EEUU*. Centro de Estudios Ramón Areces. 2006.
44. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Ed. Marcial Pons. 2005.
45. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una andadura*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.
46. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*. Ed. Lex Nova. 2010.
47. GONZÁLEZ BUSTELO, Marta. *Narcotráfico y crimen organizado*. Ed. Icaria. 2014.
48. GREENBERG, Michael D. *For whom the whistle blows*. Center for Corporate Ethics and Governance. 2011.
49. GRIFFORD, Clive. *Dopaje y deporte*. Ed. Morata. 2010.
50. GROOMBRIDGE, Nic. *Sports criminology. A critical criminology of sport and games*. Ed. Policy Press. 2016.
51. HILL, Declan. *The Fix. Soccer and Organized Crime*. McClelland & Stewart Ed. 2008.
52. HODGES, Christopher. *Law and corporate behaviour. Integrating theories of regulation, enforcement, compliance and ethics*. Ed. Hart. 2015.

53. HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización. Los Límites del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013.
- KELLY, Michael J. *Prosecuting Corporations for Genocide*. Ed. Oxford University Press. 2016.
54. KOEHLER, Mike. *The Foreign Corrupt Practices Act in a new era*. Ed. Edward Elgar. 2014.
55. LAMONEDA PRIETO, Javier. *La autenticidad del deporte. Fundamentos de ética deportiva*. Ed. Deportiva. 2010.
56. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. *Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2021.
57. LAUFER, William S. *Corporate bodies and guilty minds*. Ed. The University of Chicago Press. 2006.
58. LIN, Jing. *Compliance and money laundering controls by banking institutions in China*. Ed. Ducker & Humblot y Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2016.
59. LAURENZO COPELLO, Patricia. *El Derecho Penal en casos. Parte General. Teoría y Práctica*. 5ta ed. Ed. Tirant lo Blanch. 2017.
60. MARTIN DE SANCTIS, Fausto. *Football, Gambling, and Money Laundering. A Global Criminal Justice Perspective*. Ed. Springer. 2014.
61. MARTÍN FERNÁNDEZ, Javier. *Cumplimiento cooperativo en materia tributaria. Claves para la implementación de un manual de buenas prácticas (compliance)*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2018
62. MARTIN KOHN, Stephen. *The whistleblower's handbook*. Ed. Lyons Press. 2011.
63. MENA VILLEGAS, Oscar Gustavo. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Ed. Jurídica Continental. 2019.
64. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*. 10ª ed. Ed. Reppertor. 2016.
65. MOLINA MANSILLA, María del Carmen y MOLINA MANSILLA, Luis. *El blanqueo de dinero*. Ed. Bosch. 2008.
66. MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho Penal. Parte Especial*. 19ª ed. Ed. Tirant lo Blanch. 2013
67. NAVARRO DEL VALLE, Hermes. *Compendio de legislación deportiva. Fútbol. Normas que rigen el fútbol*. Ed. Investigaciones Jurídicas. 2000.
68. NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*. Ed. Iustel. 2008.

69. ODED, Sharon. *Corporate Compliance. New Approaches to Regulatory Enforcement*. Ed. New Horizons in Law and Economics. 2013.
70. ODEN, Howard. *Managing Corporate Culture, Innovation, and Intrapreneurship*. Quorum Books. 1997.
71. O'SULLIVAN, Julie R. *Federal White-Collar Crime. Cases and Materials*. 3era ed. Ed. Thomson West. 2007.
72. PASCUAL CADENA, Antonio. *El plan de prevención de riesgos penales y responsabilidad corporativa*. Ed. Wolters Kluwer. 2016.
73. PÉREZ ARIAS, Jacinto. *Sistema de atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. Ed. Dykinson. 2014.
74. PLANQUE, Jean-Claude. *La détermination de la personne morale pénalement responsable*. Ed. L'Harmattan. 2003.
75. PRADERA, Javier. *Corrupción y política. Los costes de la democracia*. Ed. Galaxia Gutenberg. 2014.
76. PUYOL, Javier. *Criterios Prácticos para la Elaboración de un Código de Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2016.
77. PUYOL, Javier. *El Funcionamiento Práctico del Canal de Compliance Whistleblowing*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2017.
78. PROPPER, Eugene M. *Corporate fraud investigations and compliance programs*. Ed. Ocena Publications, Inc. 2020.
79. RAGUÉS I VALLÈS, Ramon. *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013.
80. RÍOS CORBACHO, José Manuel. *<Palabra de fútbol> y Derecho Penal*. Ed. Reus. 2015.
81. RIVERO SÁNCHEZ, Juan Marcos. *Episteme y Derecho. Una exploración Jurídico-Penal*. Ed. Comares. 2004.
82. ROBLES PLANAS, Ricardo. *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho Penal económico*. Ed. IB de F. 2014.
83. RODRÍGUEZ ESTÉVEZ, Juan María. *Imputación de responsabilidad penal para la empresa*. Ed. IB de F. 2015.
84. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Civitas S.L. 1976.

85. ROKSANDIĆ VIDLIČKA, Sunčana. *Prosecuting serious economic crimes as international crimes*. Max Planck Institute for Foreign and International Criminal Law. 2017.
86. ROTSCH, Thomas. *Derecho penal, Derecho penal económico y compliance*. Ed. Marcial Pons. 2022.
87. ROXIN, Claus. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura De La Teoría del Delito*. Ed. Civitas. 1997.
88. ROXIN, Claus. *El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo*. Ed. Idemsa. 1998.
89. SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Responsabilidad Penal en el Deporte*. Ed. Juruá. 2015.
90. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Fundamentos del Derecho Penal de la empresa*. 2ª ed. Ed. Edisofer e B de F. 2016.
91. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La expansión del Derecho Penal*. 2ª ed. 2011. Ed. Edisofer e IB de F. 2011.
92. STANDEN, Jeffrey. *Taking sports seriously. Law and sport in contemporary American culture*. Ed. Carolina Academic Press. 2009.
93. STRADER, J. Kelly. *Understanding White Collar Crime*. 2da ed. Ed. Lexis Nexis. 2006.
94. SUTHERLAND, Edwin. *White Collar Crime. The Uncut Version*. Ed. Yale University Press. 1983.
95. TARUN, Robert W. *The Foreign Corrupt Practices Act Handbook. A practical guide for multinational general counsel, transactional lawyers and white-collar criminal practitioners*. 4ta ed. Ed. American Bar Association. 2015.
96. TIEDEMANN, Klaus. *Manual de Derecho Penal Económico*. 2da ed. Ed. Tirant Lo Blanch. 2010.
97. USMAN BELLO, Abdullahi. *Improving anti-money laundering compliance*. Ed. Palgrave Macmillan. 2016.
98. VACCARO, Antonino. *Compliance beyond compliance. Managing organizations with integrity*. Ed. McGraw Hill. 2022.
99. VAN SCHOOR, Berta. *Fighting corruption collectively*. Ed. Springer. 2017.
100. VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Ed. Aranzadi. 2016.
101. WEISMANN, Miriam F. *Corporate crime & financial fraud. Legal and financial implications of corporate misconduct*. American Bar Association. 2012.

102. WONG, Glenn M. *Essentials of sports law*. 4ta ed. Ed. Praeger. 2010.
103. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2008.
104. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Bases para un Modelo de Imputación de Responsabilidad Penal a las Personas Jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Aranzadi. 2003.

Obras colectivas:

105. ABANTO, M/SALAZAR, N/URQUIZO, J. (coordinadores). *Dogmática penal de Derecho Penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann*. Universidad San Martín de Porres. 2011. Artículo de este libro:
- a. SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho Penal de empresa”.
106. ABIA, R/DORADO, G. *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento – compliance management system*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2017.
107. ABRAMS, R.I/ROBERTS, G.R/ROSS, S.F/ WEILER, P.C. *Sports and the Law. Text, cases and problems*. 4ta ed. Ed. West. 2011.
108. ADLER, F/MUELLER, G.O/ W. LAUFER, W.S. *Criminology*. 5ta ed. Ed. McGraw Hill. 2004.
109. AGUILERA, R/PALMA, J.M. *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Ed. Thomson Reuters. 2017.
110. ALCANTARA, Luis. *The anti-bribery and anti-corruption review*. 3era ed. Ed. Law Business Research. Artículos de este libro:
- a. MENDELSON, Mark. “Chapter 23. United States”.
 - b. RICHES, R/KARL W. Martin. "Chapter 21 Switzerland”.
111. ALEEM, A/BROOKS, G/BUTTON, M. *Fraud, corruption and sport*. Ed. Palgrave Macmillan. 2013.
112. ÁLVAREZ, S/LAPORTA, F. (editores.). *La Corrupción Política*. Alianza Ed. 1997. Artículos de este libro:
- a. JIMÉNEZ DE PARGA, Manuel. “La corrupción en la democracia”.
 - b. MALEM SEÑA, Jorge. “El fenómeno de la corrupción”.
 - c. GARZÓN VALDÉS, Ernest. “Acerca del concepto de corrupción”.

113. AMBOS, K/CARO, D.C/MALARINO, E. (coordinadores). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y Cedpal de la Georg-August Universitat de Gotinga. 2015. Artículos de este libro:

- a. CARRIÓN, A/URQUIZO V, Gustavo. “La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en el ámbito empresarial. Un breve análisis comparativo entre Alemania-Perú y EEUU.”
- b. REYNA ALFARO, Luis Miguel. “Implementación de los compliance programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados”.

114. ARROYO, L/NIETO, A. (Dirs.). *Autorregulación y Sanciones*. 2da ed. Ed. Aranzadi. 2015. Artículos de este libro:

- a. ARROYO JIMÉNEZ, Luis. “Introducción a la autorregulación”.
- b. DARNACULLETA I GARDELLA, M. Merce. “Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias”.
- c. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. “Autorregulación y Derecho Penal de la empresa ¿una cuestión de responsabilidad individual?”.
- d. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La Incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.
- e. NIETO MARTÍN, Adán. “Autorregulación, compliance y justicia restaurativa”.
- f. NIETO MARTIN, Adán. “El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia de las personas jurídicas”.
- g. NIETO MARTÍN, Adán/GARCÍA MORENO, Beatriz. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: una visión desde el Derecho comparado y europeo”.

115. ARROYO ZAPATERO, Luis/NIETO MARTÍN, Adán. *El Derecho Penal económico en la era del Compliance*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2013. Artículos de este libro:

- a. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo. “Posición de garante del compliance officer por infracción del deber de control”.
- b. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis. “La persona jurídica acusa en el proceso penal español”.
- c. GONZÁLEZ FRANCO, J.A/SCHEMMEL, A/LUMENBERG, A.D. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento.
- d. LASCURAIN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Compliance, debido control y unos refrescos”.
- e. MOOSMAYER, Klaus. “Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales”.
- f. MUÑOZ DE MORALES ROMERO, Marta. “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada.
- g. NIETO MARTÍN, Adán. “La privatización de la lucha contra la corrupción”.
- h. SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”.
- i. TIEDEMANN, Klaus. “El derecho comparado en el desarrollo del Derecho Penal económico”.

116. ASSLANDER, M/ HUDSON, S. (Dirs.). *The handbook of business and corruption. Cross-Sectorial experiences*. Ed. Emerald Publishing. 2017. Artículos de este libro:

- a. ARGANDOÑA, Antonio. “Petty corruption – facilitating payments and grease money”.
- b. ASSLANDER, Michael. “Corruption in the IT Branch. The example of Siemens”.
- c. DION, Michel. “The impact of disguised bribes – distorting the basic functions of gift-giving practices”.
- d. MARTIN DE SANCTIS, Fausto. “Olympic Games, Football championships and corruption in the sports industry”.
- e. NICHOLS, Phillip. “What is organizational corruption?”.
- f. TARO LENNERFORS, Thomas. Corruption: maximizing, socializing, balancing, and othering.

117. ATIENZA, E/ARMAZA, E. *El dopaje en el derecho deportivo actual: análisis y revisión bibliográfica*. Reus Ed. 2016.
118. BACIGALUPO, S/FEIJOO, B/ ECHANO, J.I. (coordinadores). *Estudios de Derecho Penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. 2016. Artículos de ese libro:
- a. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “La responsabilidad penal de los entes colectivos: el modelo de imputación del código penal”.
 - b. BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “El delito de fraudes deportivos tras la entrada en vigor de la ley orgánica 1/2015, de reforma al código penal”.
 - c. DEL ROSAL BLASCO, Bernardo. “El origen de los programas de cumplimiento normativo penal (compliance programs).”
 - d. DÍAZ MAROTO Y VILLAREJO, Julio. “Globalización, corrupción y delincuencia económica”.
 - e. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. “Programas de cumplimiento y política criminal”.
 - f. HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán. “Las llamadas penas aplicables a las personas jurídicas y el principio de conservación y continuidad de la empresa”.
 - g. SANCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. “Cuestiones abiertas en los delitos de las personas jurídicas”.
 - h. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La eximente de “modelos de prevención de delitos. Fundamentos y bases para una dogmática”.
 - i. ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”.
119. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (Dir.). *Gobierno corporativo y Derecho Penal*. Ed. Universitaria Ramón Areces. 2008. Artículos de este libro:
- a. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Aproximación a la influencia del gobierno corporativo sobre el Derecho Penal económico”.
 - b. PAZ-ARES, Cándido. “Deber de lealtad y gobierno corporativo”.

120.BAJO, M/FEIJOO, B/GÓMEZ-JARA, C. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2da ed. Ed. Thomson Reuters. 2016. Artículo de este libro:

- a. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Vigencia de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el derecho sancionador español”.
- b. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. “Los requisitos del art. 31 bis I”.
- c. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “La persona jurídica como sujeto de imputación jurídico-penal”.
- d. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español”.
- e. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Las consecuencias jurídicas del delito”.
- f. FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. “Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el código penal español”.
- g. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.
- h. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)”.
- i. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.
- j. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “La culpabilidad de la persona jurídica”.

121.BALCARCE, F/BERRUEZO, R. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Ed. IB de F. 2016.

122.BANACLOCHE, J. GÓMEZ-JARA, C. ZARZALEJOS, J. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales*. Ed. La Ley. 2011.

123.BAPTISTA, P/FERNÁNDEZ, C./HERNÁNDEZ, R. *Metodología de la investigación*. 4ta ed. Ed. McGraw Hill. 2006.

124.BLANCO B/GARCÍA, J/LASCURAÍN, A/NIETO, P/PÉREZ, I. *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2015. Artículo:

- a. NIETO MARTÍN, Adán. *Lección X: La prevención de la corrupción*.

125.BLASCO, J.L/FABRA, M/GUINOT, M/OLLER, M/PLANCHANDELL, A/URIOL, C/VIDALES, C. *Régimen Jurídico de la Prevención y Represión del Blanqueo de Capitales*. Ed. Tirant lo Blanch. 2015.

126. BLUMBERG, P/GEORGAKOPOULOS, N/GOUVIN, E/STRASSER, K.. *Blumberg on Corporate Groups*. 2da ed. Ed. Wolters Kluwer. 2016.
127. BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M./TIEDEMANN, K./VOGEL, J. (Editores). *Regulating Corporate Criminal Liability*. Ed. Springer. 2014. Artículos de este libro:
- a. AIOLFI, Gemma. “Mitigating the risks of corruption through collective action”.
 - b. AYDIN, Devrim. “Are they any suitable sanctions for new forms of corporate offenses?”.
 - c. BERNAU, Patrick. “Decision and Punishment or – Hold Bankers Responsible! Corporate Criminal Liability from an Economic Perspective”.
 - d. BLUMENBERG, Axel-Dirk. “Market Manipulation and Compliance”.
 - e. BRODOWSKI, D/ESPINOZA DE LOS MONTEROS, M/TIEDEMANN, K. “Regulating Corporate Criminal Liability: An Introduction”.
 - f. BRODOWSKI, Dominik. “Minimum Procedural Rights for Corporations in Corporate Criminal Procedure”.
 - g. CRAVETTO, C/ZANALDA, E. “Corporate Criminal Liability in Italy: Criteria for Ascribing “Actus Reus” and unintentional crimes”.
 - h. ENGELHART, Marc. “Corporate Criminal Liability from a Comparative perspective”.
 - i. GIMENO BEVIÁ, Jordi. “Compliance Programs as Evidence in criminal cases”.
 - j. ISHII, Yurika. “On law enforcement through agreements between US regulatory authorities and foreign corporations”.
 - k. LAUFER, William. “Where is the moral indignation over Corporate Crime”.
 - l. NEIRA PENA, Ana María. “Corporate Criminal Liability: tool or obstacle to prosecution”.
 - m. RICHTER, Thomas. “The new german Ringfencing act establishing criminal liability of banking and insurance executives for failures in risk management: a step towards corporate criminal liability”.
 - n. SAAD-DINIZ, Eduardo. “The new money laundering law in Brazil: Understanding criminal compliance programs”.

128.BRODOWSKI, D/LUÍSA DE SÁ, A/SAAD-DINIZ, E. (organizadores) . *Regulação Do Abuso No Âmbito Corporativo: O Papel Do Direito Penal Na Crise Financeira*. Ed. Liber Ars. 2015.

Artículos de este libro:

- a. LAUFER, William. “O Compliance Game”.
- b. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. “O papel do direito penal e a crise financeira”.

129.BYERS, Terri (editor). *Contemporary Issues in sport management*. Sage Publications. 2016.

Artículos de este libro:

- a. ANDREWS, D/BATTS-MADDOX, R. “Global sport: Impact on corporations and institutions”.
- b. BEECH, John. “Ownership”.
- c. BOCARRO, J/EDWARDS, M. “Sport participation ».
- d. BYERS, T/THURSTON, A. “Trust and control in sport organizations”.
- e. CHANAVAT, N/BODET, G. “Sponsorship in Sport”.
- f. COX, Elwyn. “Funding for sport”.
- g. EDWARDS, Jonathon. “Brand sport management in sport”.
- h. FORREST, David. “Gambling and the sports betting industry”.
- i. GEURIN-EAGLEMAN, Andrea. “Media and communications”.
- j. GRATTON, C/LIU, D/RAMCHANDANI, G/WILSON, D. “The global economics of sport.
- k. HALL, Stacey “Crisis management”.
- l. HARVEY, A y LEVI, H. “Match fixing in international sport”.
- m. HOLDEN, Russel. “Politics and sport governance”.
- n. KERWIN, Shannon. “Human resource management in sport”.
- o. KOPERA, Sebastian. “Social Media Challenges”.
- p. O`BRIEN, D/CORBETT, B. “Strategic Management”.
- q. REID, P/MASON, D. “The commercialization of sport”.
- r. ROBINSON, L/WINAND, M. "Performance management”.
- s. SCOTT, O/BRUFFY, K/NAYLOR, M. “Managing social media in sport”.
- t. SMITH, A/STEWART, B. “Doping”.
- u. SWART, Kamilla. “Mega sport events”.
- v. TYMOWSKI, G/BYERS, T/MASON, F. “Ethical behavior and values in sport”.

- w. WLADIMIR, Andreff. "Corruption in sport".
- x. YI, Jiandong. "Sport Policy".

130.CALCINA HANCCO, Aldo (coordinador). *Responsabilidad penal de las empresas y compliance program*. Ed. Olejnik. 2018. Artículo de ese libro:

- a. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. "Penas para personas jurídicas ¿Ovejas con piel de lobo?".

131.CASSIDY, Margaret. (Editora). *Corporate Compliance and ethics series*. Bar Association. 2016. Artículos de este libro:

- a. CASSIDY, Margaret. "Compliantly interacting with Governments".
- b. CASSIDY, M.M/WALSH, A. "Legal Requirements for an Ethics & Compliance program".

132.CENTONZE, F/FORTI,G/MANACORDA, S. (coordinadores) *Preventing corporate corruption. The anti-bribery compliance model*. Ed. Springer. 2014. Artículos de este libro:

- a. CASSANI, Ursula. "Corporate responsibility and compliance programs in Switzerland".
- b. FAN, V-Tsien. "An analysis of institutional guidance and case law in the USA pertaining to compliance program".
- c. GIAVAZZI, Stefania. "The ABC model: The general framework for an anti-bribery compliance program".
- d. GIAVAZZI, Stefania. "The ABC program an anti-bribery compliance program recommended to corporations operating in a multinational environment".
- e. HEILBRUNN, John. "The fight against corruption: the World Bank debarment policy".
- f. MUÑOZ, M/NIETO A. "Compliance programs and criminal law responses: a comparative analysis".
- g. NIETO MARTÍN, Adán. "Internal investigations, whistle-blowing, and cooperation: the struggle for information in the criminal process".
- h. PALUDI, A/ZECCA, M. "Corporate responsibility and compliance programs in italian case law".

- i. VLASSIS, Dimitri. “An anticorruption ethics and compliance program for business: a practical guide”.
 - j. ZIMMERMANN, Stephen. “Globalizing the fight against corruption”.
133. CHIRINO, A/MARTÍNEZ, H. (compiladores). *Ensayos sobre Derecho Penal Económico y de Empresa*. Ed. Jurídica Continental. 2013. Artículo de este libro:
- a. SALAS PORRAS, Ricardo. “La corrupción: más acá y más allá de la norma”.
134. COHEN, P/MARRIOTT, A. *International corruption*. Ed. Sweet & Maxwell. 2010. Artículos de este libro:
- a. COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Conducting internal investigations in connection with allegations of bribery”.
 - b. COHEN, P/PAPALASKARIS, A/RADKE, M. “Anti-corruption considerations in international mergers and acquisitions”.
 - c. GROVES, T/TRACEY, J. “Effective anti-corruption programmes ».
 - d. KENYON, W/MILLER, F/WILSON, R. “Forensic and accounting issues associated with internal corruption enquiries”.
135. CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Manual de Derecho Penal Económico y de Empresa. Parte General y Parte Especial. Tomo 2*. Ed. Tirant lo Blanch. 2016. Artículos de este libro:
- a. CARPIO BRIZ, David. “Blanqueo de capitales”.
 - b. CARPIO, D/GALLEGO, J.I. “Blanqueo de capitales”.
 - c. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Delitos contra la salud de los consumidores”.
 - d. DÍAZ, C/GALLEGO, J.I. “Delitos tributarios y contra la Seguridad Social”.
 - e. GÓMEZ, V/VALIENTE, V. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”.
 - f. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Delitos contra la Propiedad industrial e intelectual”.
 - g. SANTANA VEGA, DULCE. “Actividad económica y corrupción”.
136. CORCOY, M/GÓMEZ, V. (Dirs.). *Fraude a consumidores y Derecho Penal. Fundamentos y talleres de leading cases*. Ed. es Edisofer e IB de F. 2016. Artículos de este libro:

- a. NIETO MARTIN, Adán. “Investigaciones internas, whistleblowing y cooperación: la lucha por la información en el proceso penal”.
- b. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Medicina y corrupción: el caso del farmasponsoring”.
- a. BOLEA BARDÓN, Carolina. “Deberes del administrador y prácticas de “Kick-Back”.

137. CORCOY, M/MIR, S. (Dirs.). *Garantías constitucionales y Derecho Penal europeo*. Ed. Marcial Pons. 2012. Artículos de este libro:

- a. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Falsa alarma. O sobre por qué la Ley Orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest*”
- b. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Política criminal contra la corrupción. Una reflexión desde la teoría de la pena (o viceversa)”.

138. CORCOY, M/GÓMEZ, V/MIR, S. (Dirs.). *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. Ed. Edfisofer SL e IB de F. 2014. Artículos de este libro:

- a. ARTAZA VARELA, Osvaldo. “Programas de Cumplimiento. Breve Descripción de las Reglas Técnicas y su Utilidad Jurídico-Penal”
- b. BLUMBERG, A/GARCÍA, B. “Retos Prácticos de la Implementación de Programas de Cumplimiento Normativo”.
- c. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. “Algunas Cuestiones Político-Criminales sobre la Corrupción Privada. Límites y Eficacia de los Compliance”.
- d. DOPICO GÓMEZ-ALLER, Jacobo “Posición de Garante del Compliance Officer por Infracción del Deber de Control: Una Aproximación Tópica”.
- e. GALLEGO SOLER, José-Ignacio. “Criminal Compliance y Proceso Penal: Reflexiones Iniciales”.
- f. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Compliance y Derechos de los Trabajadores”.
- g. GOÑI SEIN, José Luis. “Programas de Cumplimiento Empresarial (Compliance Programas): Aspectos Laborales”.
- h. KUHLEN, Lothar. “Compliance y Derecho Penal en Alemania”.
- i. LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al Oficial Ryan”.

- j. MIR PUIG, Santiago. “Las nuevas “penas” para personas jurídicas: Una clase de “penas” sin culpabilidad”.
 - k. ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: The American way”.
 - l. RAGUÉZ I VALLÉS, Ramón. “El Fomento de las Denuncias como Instrumento de Política Criminal Contra la Criminalidad Corporativa: Whistleblowing Interno vs. Whistleblowing Externo”.
 - m. SEMINARA, Sergio. “Compliance y Derecho Penal: La Experiencia Italiana”.
- 139.DEL ROSAL, B/HURTADO, J/SIMONS, R (Dir.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2001. Artículos de ese libro:
- a. HEINE, Gunther. “La responsabilidad penal de las empresas: evolución y consecuencias nacionales”.
 - b. PRADEL, Jean. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”.
 - c. ROTH, Roberth. “La responsabilidad penal de la empresa: modelos de reflexión”.
 - d. VELÁSQUEZ, Fernando. “La responsabilidad de los entes colectivos en el Derecho colombiano. A propósito del art. 2º de la ley 365 de 1997”.
- 140.DOVAL PAIS, Antonio (Dir.). *Dopaje, Intimidación y datos personales*. Ed. Iustel. 2010. Artículos:
- a. ANARTE, E/MORENO, F. “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”.
- 141.EDELHERTZ, H/ROGOVIN, C. *A national strategy for containing white collar crime*. Ed. Lexington Books. 1980.
- 142.ENGELHART, M/SIEBER, U. *Compliance programs for the prevention of Economic Crimes*. Ed. Max- Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht. 2014
- 143.FERNÁNDEZ, J.L/LÓPEZ, R. *Fútbol responsable. Guía práctica para implantar la RSE en los clubes españoles*. Ed. Reus. 2020.
- 144.FERNÁNDEZ A/MATALLÍN, Á. (Dir.). *Criminal compliance programs y mapas de riesgos*. Ed. Tirant Lo Blanch. 2023.Artículos de este libro:

- a. ALAPONT, José León. “Los canales de denuncias como instrumentos para la prevención y/o detección de conductas irregulares o delictivas en el ámbito corporativo”.
- b. GONZÁLEZ, José L. “Criterios básicos para elaborar un mapa de riesgos frente a la corrupción”.
- c. LÓPEZ, Paloma. “Gestión de riesgos y el compliance penal”.
- d. OXMAN, Nicolás. “La responsabilidad penal de las empresas por homicidio en Reino Unido”.
- e. PORTILLA, Guillermo. “Responsabilidad penal omisiva del órgano de cumplimiento de compliance”.

145.FROSDICK, S/WALLEY, L (editores). *Sport & safety management*. Ed. Butterworth Heinemann. 1997. Artículos de este libro:

- a. DE QUIDT, John. “The origins and role of the Football licensing authority”.
- b. ELLIOTT, D/FROSDICK, S/SMITH, D. “The failure of legislation by crisis”.
- c. ELLIOT, Dominic/SMITH, Denis. “Waiting for the next one: Management attitudes to safety in the UK football industry”.
- d. HIGHMORE, Mel. “Safety risk in stadia and sports grounds”.
- e. WALLEY, Lynne. “The changing face of criminal liability”.
- f. WOOTTON, G/MILLS, P. “Risky business”.

146.GALLEGO, J.I./MODELELL, J.I. *Empresa y Derecho Penal*. Cátedra Fundacional Banco Mercantil, Centro de Investigaciones Jurídicas, Núcleo de Estudios Sobre Delincuencia Económica, Universidad Católica Andrés Bello. 2004.

147.GARCÍA, C/MALLADA, C/LÓPEZ, F. *Guía práctica de prevención del blanqueo de capitales*. . Ed. Lex Nova. 2015.

148.GIMENO, J.M/TEJEDOR, J/VILLORIA, M. (Dirs.). *La Corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*. Ed. Atelier. 2016. Artículos de este libro:

- a. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Prevención de la corrupción en los negocios y en el sector público: buen gobierno y transparencia”.
- b. BETANCOR RODRÍGUEZ, Andrés. “Puertas Giratorias: regulación y control”.

- c. OTERO GONZÁLEZ, Pilar. “Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015”.
- d. TARÍN, Carlota. “La medición de la corrupción en España: los datos objetivos”.
- e. VILLORIA MENDIETA, Manuel. “Principales rasgos y características la corrupción en España”.

149. GIMÉNEZ ZÚÑIGA, Isabel. (Dir.). *Manual Práctico de compliance*. Thomson Reuters. 2017.

Artículos de este libro:

- a. BALLESTEROS, E/GIL, R/OLLERO, J.I/PRIETO, B.J. “El cumplimiento normativo en el sector farmacéutico español”.
- b. BOLÍVAR, M/MARTÍ, J. “Mapa de riesgos legales para las empresas. ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?”.
- c. DIÉZGUEZ, C/MARTÍNEZ, L. “Prevención del blanqueo de capitales. Conceptos y sujetos obligados. Organismos. Diligencia debida”.
- d. FERNÁNDEZ, MARTA. “Nuevas normas internacionales en compliance”.
- e. MARCH, Carmen. “El buen gobierno corporativo, instrumento de la cultura de cumplimiento”.
- f. RAMOS BARSELÓ, Fernando. “Funciones del compliance officer empresarial”.

150. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. (Editor). *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales contemporáneas*. Ed. Aranzadi. 2006. Artículos de este libro:

- a. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El nuevo artículo 31.2 del código penal: cuestiones de lege lata y lege ferenda”.
- b. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial”.
- c. HEINE, Gunther. “Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa”.
- d. HEINE, Gunther. “La responsabilidad colectiva: una tarea pendiente a la luz de la reciente evolución europea”.
- e. LAUFER, William. “La culpabilidad empresarial y los límites del derecho”.

151. GÓMEZ, V/BOLEA, C/GALLEGO, J.I/HORTAL, J.C/JOSHI, U. *Un modelo integral de Derecho penal. Libro homenaje a la profesora Mirentxu Corcoy Bidasolo*. BOE. 2022. Artículo de ese libro:
- a. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “El cambio de paradigma de la gobernanza empresarial: su incidencia en los deberes de los administradores y en la responsabilidad penal”.
152. GONZÁLEZ, J.J/GONZÁLEZ, M.I/MAZZACUVA, F/MORILLAS, D.L/OCHOA, R.A/ PALMA, J.M/RODRÍGUEZ, S/SARRABAYROUSE, E.C. *Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Ed. Dykinson. 2014.
153. GRUTZNER, T/JAKOB, A. (editores). *Compliance and Governance from A-Z*. 2da ed. Ed. Beck. 2017. (No se diferencia cual autor realizó qué parte del libro).
154. HAAS, U/HEALEY, D. *Doping in sport and the law*. Ed. Hart. 2016. Artículos de este libro:
- a. HEALEY, Deborah. “The myth of the level playing field in sport”.
 - b. NEHME, M/ORDWAY, C. “Governance and anti-doping: beyond the fox and the hen house”.
 - c. ANDERSON, Jack. “The juridification and criminalisation of doping: time to revive the spirit of sport?”.
155. *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Ed. Thomson Civitas. 2005. Artículo de este libro:
- a. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Imputabilidad de las personas jurídicas”.
 - b. TIEDEMANN, Klaus. “Presente y futuro del Derecho Penal económico”.
156. HEIMANN, F/PIETH, M. *Confronting corruption. Past concerns, present challenges, and future strategies*. Ed. Oxford University Press. 2018.
157. HOPKINS, M/TREADWELL, J. *Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues*. Ed. Palgrave Macmillan. 2014. Artículos de ese libro:
- a. BROOKS, Graham. “Crime in the boardroom: extending the focus beyond football fans”.

- b. HOPKINS, M/TREADWELL, J. "Introduction".
 - c. HOPKINS, M/TREADWELL, J. "Football hooliganism, fan behavior and crime. Contemporary issues".
 - d. TREADWELL, J/AYRES, T. "Talking Prada and powder: Cocaine use and supply among the football hooligan firm".
158. JORDAN, S.D/STRADER, J.K. *White Collar Crime. Cases, materials and problems*. Ed. Carolina Academic Press. 2015.
159. JUANES PECES, Ángel (Dir.). *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*. Ed. Lefebvre El Derecho. 2015. Artículos de este libro:
- a. CORTÉS BECHIARELLI, Emilio. "Causas de atenuación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (CP art. 31 bis, 3 y 4.a, b, y c.)".
 - b. DE LA MATA BARRANCO, Norberto. "La exclusión de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Protocolos de prevención de delitos".
 - c. FARALDO CABANA, Patricia. "Las penas".
 - d. GÓMEZ TOMILLO, Manuel. "Los distintos modelos de imputación de responsabilidad a las personas jurídicas: sistema español. Antecedentes".
 - e. JUANES PECES, Ángel. "Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita".
 - f. NIETO MARTÍN, Adán. "Derecho Penal europeo y comparado. Cooperación judicial".
160. KEILER, J/ROEF, D. (Editores). *Comparative Concepts of Criminal Law*. 2da ed. Ed. Intersentia. 2016. Artículos de este libro:
- a. ROEF, David. "Corporate Criminal Liability".
161. KOCHAN, N/GOODYEAR, R. *Corruption. The New Corporate Challenge*. Ed. Palgrave Macmillan. 2011.
162. KUHLEN, L/MONTIEL, J.P/ORTIZ DE URBINA, I. *Compliance y teoría del Derecho Penal*. Ed. Marcial Pons. 2013. Artículo de este libro:

- a. GÓMEZ MARTÍN, Víctor. “Compliance y derechos de los trabajadores”.
- b. KUHLEN, Lothar. “Cuestiones Fundamentales de Compliance y Derecho Penal”.
- c. MASCHMANN, Frank. “Compliance y derechos del trabajador”.
- d. NIETO MARTÍN, ADÁN. “Problemas Fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”.
- e. PRITTWITZ, Cornelius. “La posición jurídica (en especial posición de garante) de los compliance officers”.
- f. SAHAN, Oliver. “Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado”.
- g. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “Deberes de vigilancia y compliance empresarial”.

163.LAYTON, M/PACEY, A. *Tracking the hooligans. The history of football violence on the UK Rail Network*. Ed. Amberley. 2016.

164.LEWIS, A/TAYLOR, J. (editores). *Sport: Law and practice*. Ed. Butterworths LexisNexis. 2003.

Artículos de este libro:

- a. DUTHIE, Max. “European community sports policy”.
- b. JAMES, Mark. “Sports participation and criminal law”.
- c. PHELOPS, Warren. “Sport sponsorship”.
- d. TAYLOR, Jonathan/CHILVERS, Caroline. “Regulation of the sports sector”.
- e. WATKINS, T/LEGGATT, E/WALKER, D. “Risk management”.

165.LOUGHMAND, B/SIBERY, R. *Bribery and corruption. Navigating the Global Risks*. Ed. John Wiley & Sons. 2012.

166.MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S/SARIKAYA, H/SCHONFELDER, M/SCHULZ, T. *Manual: Biomedical side effects of doping*. Institute of Public Health Research of the Technische Univeristat Munchen. 2007.

167.MAIA, A/MOREIRA J.A/PIMENTA, C/TEIXEIRA, A. *Corruption, Economic Growth and Globalization*. Ed. Routledge. 2016. Artículo de este libro:

- a. NEVADO, P/CAVAZZINI, F. “Fighting corruption with strategy”.

168.MULLERAT, Ramon. (editor). *Corporate Social Responsibility. The Corporate Governance of the 21st Century*. 2da ed. Ed. Wolter Kluwer. 2011. Artículos de este libro:

- a. CORELL, Hans. "The Global Compact".
- b. CRONSTEDT, Claes. "Some legal dimensions of Corporate Codes of Conduct".
- c. MARTÍN, Felix. "Corporate Social Responsibility and Public Policy".
- d. MILWARD-OLIVER, Gerald. "The soul of the Corporation".
- e. PRANDI, M/LOZANO, J.M. "Corporate Social Responsibility and Human Rights".
- f. SHESTACK, Jerome J. "Corporate Social Responsibility in a Changing Corporate World".
- g. THOMAS, Rosamund. "Business Ethics".

169.NIETO, A/MAROTO, M. (Dirs.). *Public Compliance*. Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha. 2014. Artículos de este libro:

- a. GARCÍA MORENO, Beatriz. "Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la administración".
- b. NIETO MARTIN, Adán. "De la Ética Pública al Public Compliance: sobre la prevención de la corrupción".

170.ORTEGA BURGOS, Enrique (Dir.). *Fashion Law (Derecho de la moda)*. Ed. Aranzadi. 2018. Artículos de este libro:

- a. ABRIL, M/MONTES, M. "El poder disciplinario del empresario en el sector del lujo y la moda".
- b. BELLO, M/FERNÁNDEZ-LASQUETTY, J/LÓPEZ, A.M. "Reputación corporativa".

171.PALOMAR OLMEDA, Alberto (Dir.). *Derecho del Deporte*. Ed. Thomson Reuters Aranzadi. 2013. Artículos de este libro:

- a. BARBA SÁNCHEZ, Ramón. "Prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia e el deporte. La seguridad en los estadios".
- b. CAZORLA, L/BLEIN, A. "Las sociedades anónimas deportivas. Legislación concursal y deporte".

- c. GARCÍA CABA, Miguel María. “Las entidades del deporte profesional: las ligas profesionales”.
- d. GUERRERA OLEA, Antonio. “El movimiento olímpico. Las federaciones deportivas internacionales”.
- e. MORILLAS, L/BENÍTEZ, I/SUÁREZ, J.M/MORILLAS, D. “Derecho Penal y deporte”.
- f. PALOMAR OLMEDA, Alberto. “Las federaciones deportivas y las asociaciones deportivas”.
- g. PALOMAR N/GARCÍA, J. “El deporte de alto nivel”.
- h. RODRÍGUEZ GARCÍA, José. “El dopaje en el deporte y su marco de prevención y sanción”.
- i. RODRÍGUEZ TEN, Javier. “El régimen disciplinario del deporte”.
- j. SALAS, G/MACHANCOS, E. “La fiscalidad de los deportistas profesionales”.
- k. TEROL GÓMEZ, Ramón. “Administración Pública y deporte”.

172. PÉREZ BEJARANO, Alfredo. (Dir.) *El Derecho Penal económico. Cuestiones fundamentales y temas actuales*. Ed. Ara. 2011. Artículos de este libro:

- a. HERRERA VELARDE, Eduardo. “Derecho Penal y buen gobierno corporativo: aproximaciones a la realidad peruana”.
- b. VASSALLO SAMBUCETI, Efraín. “La avaricia criminalizada: Delincuencia de cuello y corbata”.

173.PIETH, M/IVORY, R. *Corporate criminal liability. emergence, convergence and risk*. Dordrecht, Holanda. Ed. Springer. 2011. Artículos de este libro:

- a. PERRIN, Bertrand. "La responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse".
- b. PIETH, M/IVORY, R. “Emergence and convergence: corporate criminal liability principles in overview”.

174.PIETH, Mark. (editor). *Reforming FIFA*. Ed. Dike. 2014. Artículos de este libro:

- a. GOLDSMITH, Peter. “How to investigate misbehavior in international sports organizations.”
- b. HELLER, Damian. “The role of the audit & compliance committee”.

- c. HERSHMAN, Michael. "The need for reform".
- d. JORGE, Guillermo. "From patronage to managerial accountability".
- e. PIETH, Mark. "Beyond changing the code: reforming culture".
- f. PIETH, Mark. "Governing FIFA".
- g. PIETH, Mark. "The responsibility of the host country".

175. PUYOL, Javier. (Dir.). *Guía para la implantación del compliance en la empresa*. Ed. Wolters Kluwer. 2017. Artículos de este libro:

- a. BAUTISTA SAMANIEGO, Carlos Miguel. "Compliance y blanqueo de capitales".
- b. DE URBANO CASTRILLO, Eduardo. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas".
- c. ELÍAS, S/MARTÍN, T. "El entorno regulatorio del compliance".
- d. GAY TERÁN, Macarena. "El conocimiento del funcionamiento de la empresa para la elaboración de un programa de cumplimiento normativo".
- e. GÓMEZ BERRUEZO, Iñigo. "Diseño de un sistema de compliance".
- f. MANDRÍ ZÁRATE, Jesús. "El código ético de conducta".
- g. MANDRÍ ZÁRATE, Jesús. "Los canales de denuncia como parte integrante de los programas de compliance".
- h. NAVARRO VILLAVERDE, Eduardo. "Cultura de cumplimiento".
- i. LÓPEZ RODRÍGUEZ, Óscar. "Gestión del riesgo de compliance y su control".
- j. PUYOL, Javier. "El compliance officer".
- k. PUYOL, Javier. "El mantenimiento constante del modelo de compliance y su actualización periódica".
- l. PUYOL, Javier. "La corrupción pública".

176. RYDER, Nic (editor). *White collar crime and risk*. Ed. Palgrave Macmillan. 2018. Artículo de este libro:

- a. TURKSEN, Umut. "Anti-Bribery and corruption: Perceptions, Risks and Practice for UK Banks".

177.SAAD-DINIZ, E/PODBOI, P/OLIVEIRA, J. *Tendências em governança corporativa e compliance*.

Ed. Liber Ars. 2016. Artículo de este libro:

- a. LAUFER, William. “Ilusões de compliance e governança”.

178.SÁIZ PEÑA, Carlos. (Coordinador). *Compliance. Cómo Gestionar los Riesgos Normativos en la Empresa*. Ed. Aranzadi. 2015. Artículos de este libro:

- a. ARMENTIA MORILLAS, Paula. “Canal de denuncias”.
- b. GÓMEZ GÓMEZ, Javier. “Definición del ámbito, materias incluidas y alcance del Compliance Programa”.
- c. DÍEZ DE REVENGA, A/RAMÍREZ, F. “El compliance en las organizaciones. Relación entre Compliance y otras áreas de la empresa. Compliance y Gobierno Corporativo”.
- d. ESCUDERO, Marta. “Diagnóstico y mapa de riesgos de Compliance”.
- e. HERNÁNDEZ, María. “Políticas Anticorrupción”.
- f. HERNÁNDEZ COBO, Paula. “Plan de acción e implantación del Compliance Program. Plan de Prevención, detección y reacción”.
- g. OTERO SALGADO, Luis Daniel. “Prevención del blanqueo de capitales”.
- h. POSADO, Luis. “Controles técnicos en sistemas: Monitorización, alertas, etc”.
- i. PUYOL, Javier. “La figura del Compliance Officer: características y responsabilidades”.
- j. PUYOL, Javier. “Corporate Compliance”.
- k. RODRÍGUEZ, Gustavo. “Recepción de denuncias, investigación interna y obtención de evidencias”.
- l. SÁIZ PENA, Carlos Alberto. “ Introducción: ¿Qué es el Compliance?”.
- m. SARACÍBAR, E. Y GONZÁLEZ, Carlos. “Privacidad y protección de datos”.

179. SCHWINDT-BAYER, L/TAVITS, M. *Clarity of responsibility accountability and corruption*. Ed. Cambridge University Press. 2016.

180.SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Ed. Atelier. 2013. Artículos de este libro:

- a. COCA VILA, Ivo. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”.
- b. ESTRADA, A/LLOBET, M. “Derechos de los trabajadores y deberes del empresario: conflicto en las investigaciones empresariales internas”.
- c. GOENA VIVES, Beatriz. “La atenuante de colaboración”.
- d. GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. “El criminal compliance en la reforma norteamericana de la Dodd-Frank Act”.
- e. NAVAS MONCADA, Iván. “Los Códigos de conducta y el Derecho Penal económico”.
- f. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón. “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”.
- g. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”.

181. TORCHIA, Michael. *Effectively conducting workplace investigations*. Pennsylvania Bar Association. 2016. Artículo de este libro:

- a. TORCHIA, Michael. “Conducting workplace investigations”.

Artículos académicos en Revistas:

1. ALSCHULER, Albert. “Two Ways to think about the Punishment of Corporations”. *American Criminal Law Review* 46, 2009. pp.1359-1392.
2. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. “El diseño de programas de prevención de delitos para personas jurídicas”. *REDCPC*. ISSN 1695-0194. 2020. pp. 1-26.
3. ARROYO GUTIÉRREZ, José Manuel. “Límites y alcances del concepto de corrupción de conformidad con las convenciones internacionales”. *Rev. Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, número 1 (32) (13). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Año 1. RDCP-UCR. 2021. pp.72-108.
4. BACIGALUPO SEGGESE, Silvina. “Ética empresarial y Responsabilidad penal de las empresas”. *Rev. Encuentros multidisciplinares*. Vol. 13, No. 39, 2011. pp.2-9.
5. BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. “Compliance”. *Revista en cultura de la legalidad*, ISSN ISSN-e 2253-6655. No. 21, 2021. pp 260-275.

6. BAKER, Mark. "Private Codes of Corporate Conduct: Should the Fox Guard the Henhouse?". *University of Miami Inter-American Law Review*. Vol. 4. No. 399. 1993. pp.399-433.
7. BEALE, Sara S. "A Response to the Critics of Corporate Criminal Liability". *American Criminal Law Review*. No. 46. 2009. pp.1481-1505.
8. BERTACCINI BONOLO, Paolo. "Análisis de la correlación entre deporte y corrupción desde una perspectiva transdisciplinar" *Encuentros multidisciplinares*. Vol. 13, No. 39, 2011. pp.47-56.
9. BIRZNIECE, Vita. "Doping in sport: effects, harm and misconceptions". *Internal Medicine Journal* No. 45, 2015. pp.239-248.
10. BRAITHWAITE, John. "Penalties for White-Collar Crimes". *Complex Commercial Fraud: Proceedings of a Conference held 20-23 August 1991*. Australian Institute of Criminology, 1992. (AIC Conference Proceedings; No. 10). pp. 167-171.
11. CASAS, K/CARTER, M. "Beyond the scandals. The changing context of Corruption in Latin America". *Rule of Law Report* February 2017. The Dialogue Leadership for the Americas.
12. COFFEE, John. "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment". *Michigan Law Review*. Vol. 79, No. 3. Enero, 1981. pp.386-459.
13. D'ANGELO, Eugenio. "Regulatory compliance management in the professional sport industry: Evidence from the Italia Serie A". *Rev. International Business Research*. Vol. 11. No. 3. 2018. ISSN 1913-9004. pp.149 a 161.
14. DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario. "El narcotraficante de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012". *REDP*. No. 31, 2013. ISSN 1132-9688. pp.85-102.
15. EDGERTON, Henry. "Corporate Criminal Responsibility". *The Yale Law Journal*. Vol. 36. No. 6. Abril 1927. pp.827-844.
16. FILIPOVA, Milena. "Key content and structural components of corporate culture". *Rev. Inclusiones: Rev. de Humanidades y Ciencias Sociales*, ISSN-e 0719-4706, Vol. 8, N°. Extra 5 (abril-junio). 2021. pp.587-597.
17. GARCÍA CAVERO, Percy. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". *Rev. de Derecho Penal y Criminología*. ISSN 0121-0483, vol. 26. No. 78. 2005. pp. 137-144.
18. GARCÍA VALDÉS, Carlos. "Responsabilidad por lesiones deportivas". *Anuario de Derecho Penal y ciencias penales*. Tomo 46. Fas/mes 3. 1993. pp.965-980.

19. GARRETT, B/MITCHELL, G. "Testing Compliance". Law and Contemporary Problems, Forthcoming. Duke Law School Public Law & Legal Theory Series No. 2020-14. Febrero 2020. pp.47-85.
20. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "Autoorganización empresarial y autoresponsabilidad empresarial. Hacia una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica". REDCPC. No. 8. 2006. pp.05:1-05:27.
21. GONZÁLEZ GUERRA, Carlos M. "Criminal Compliance en la legislación argentina. Algunas reflexiones sobre el proceso de reforma y las Investigaciones Internas en las empresas". Rev. Ita ius esto, N°. 15, 2020. pp.69-90.
22. GUIÑAZU MARIANI, María Antonieta. "Las Personas Jurídicas en el Derecho Romano" Rev. IusHistoria. No. 3. 2006. pp.145- 153.
23. HEINE, Gunter. "La responsabilidad penal de las empresas: evolución internacional y consecuencias nacionales". Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp.19-45.
24. HODGSON, G/JIANG, S. "La economía de la corrupción y la corrupción de la economía: una perspectiva institucionalista". Rev. de economía institucional. Vol. 10. No. 18. 2008. pp.55-80.
25. LAUFER, W/STRUDLER, A. "Corporate intentionality, desert and variants of vicarious liability". Rev. American Criminal Law Review. Vol. 37. No. 4. 2000. pp.1285-1312.
26. LAUFER, William S. "Corporate liability, risk shifting, and the paradox of compliance". Vanderbilt Law Review. Vol. 52. No. 5. Enero 1999. pp. 1343-1420.
27. LAUFER, William S. "Corporate prosecution, cooperation and trading of favors". Iowa Law Review. Vol. 87. No. 2. Enero 2002. pp.643-667.
28. LAUFER, William S. "Modern forms of corruption and moral stains". Georgetown Journal of Law & Public Policy. Vol. 12. Special Issue 2014. pp.373-390.
29. LAURE, P/THOUVENIN, F/LECERF, T. "Attitudes of coaches towards doping". J. Sports Med Phys Fitness 2001; 41: 132-6.
30. LIZCANO, José Luis. "Buen gobierno y reponsabilidad social corporativa". Rev. Partida Doble, núm. 182. Noviembre 2006. pp.20-35.

31. MAGRO SERVET, Vincent. “El fraude interno en las empresas y la exigencia de mecanismos de autoprotección, vía cumplimiento normativo”. *Ceflegal: Rev. Práctica De Derecho. Comentarios y Casos Prácticos*, ISSN-e 2697-2239, ISSN 1699-129X. España. N°. 252, 2022.
32. MALEM SEÑA, Jorge F. “La Corrupción en el deporte. Fair Play”. *Rev. de Filosofía, Ética y Derecho del Deporte*. 2:2. 2014, pp.105-121.
33. MELÓN, A/RUIZ, F.J/ RUIZ-OLALLA, M.D.C. “Readabilty in management reports: extension and good governance practices: La legibilidad en los informes de gestión: extensión y buenas prácticas de gobierno corporativo”. *Rev. de contabilidad: Spanish accounting review [RC-SAR]*, ISSN 1138-4891, Vol. 24, N° 1, 2021. pp.19-30.
34. MICHNA, H/PETERS, C/THORSTEN, S. “Biomedical side effects of doping”. *Verlag Sport und Buch Straub*. 2002.
35. MIR PUIG, Santiago. “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. *REDCPC*. No. 6. 2004. ISSN-e 1695-0194.
36. NIESCHLAG, E/VORONA, E. “Medical consequences of doping with anabolic androgenic steroids: effects on reproductive functions”. DOI: 10.1530/EJE-15-008. 2015. pp.47-58.
37. NIETO MARTÍN, Adán. “Hacia un derecho penal económico europeo de los Derechos Humanos”. *Rev. para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, N°. 3, 2020. pp.137 – 172.
38. NIETO MARTÍN, Adán. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010”. *Rev. xurídica galega*. No. 63, 2009. pp.47-70.
39. NIETO MARTÍN, Adán. “Las agencias anticorrupción en busca de un diseño para una institución necesaria”. *Rev. penal México*, ISSN 2007-4700, N°. 18, 2021. pp.27-42.
40. OLCINA, Enric. Motivaciones y perfil del defraudador en la empresa. *Rev. de Contabilidad y Dirección*. Número 23. Año 2016.
41. POELEMANS, Maiténa. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: El caso francés”. *Rev. Eguzkilore*. Número 28. 2014. pp.113-124.
42. RALLO LOMBARTE, Artemi. “Whistleblowing (sistemas internos de denuncia) y Protección de datos”. *Cuadernos de Derecho para Ingenieros Vol. 14. Cumplimiento Normativo. Compliance*. Ed. La Ley. 2012.
43. ROJAS SALAS, Manuel. “Ley 9699 sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas ¿modernidad o retroceso?”. *Rev. Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, número 1 (32) (13). Homenaje al Prof. Dr. Daniel González Álvarez. Año 1. RDCP-UCR. 2021; pp.198-218.

44. ROQUE, S/PÉREZ, A. “Algunas acotaciones al fenómeno de la corrupción”. Rev. La Gestión de la diversidad. XIII Congreso Nacional, IX Congreso Hispanofrancés. Vol. 1. 1999. pp. 27-34.
45. ROXIN, Claus. “Derecho Penal y doping”. Cuadernos de política criminal. Núm. 97, abril de 2009. pp. 5-17.
46. ROXIN, Imme. “Problemas e estratégias da consultoria de compliance em empresas”. Rev. Brasileira de Ciencias Criminais. Vol. 114. Mayo-Junio 2015. pp. 321-339.
47. SÁNCHEZ BERNAL, Javier. “La responsabilidad penal de la persona jurídica”. Cuadernos del Tomás. Rev. de Estudios del C.M. Tomás Luis de Victoria, nº 4. 2012. ISSN 1889-5328. pp.121 a 156.
48. SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. Anuario de Derecho Penal y ciencias penales. Tomo 55. Mes 1, 2002. pp.9-38.
49. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. “La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas”. Rev. de Derecho Penal y Criminología: Rev. del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Vol. 29. No. 86-87, 2008.
50. SUTHERLAND, Edwin. “White Collar Criminality”. American Sociological Review. Vol. 5. Número 1. febrero 1940. pp.1-11.
51. TIEDEMANN, Klaus. “Responsabilidad penal de la persona jurídica”. Rev. anuario Derecho Penal 96, La responsabilidad penal de las personas jurídicas. 1997. pp. 97-126.
52. TOLVANEN, Matti. “Trust, Business Ethics and Crime Prevention. Corporate Criminal Liability in Finland”. Fudan Law Journal, No. 4, 2009.
53. URTEAGA, Eguzki. “La teoría de sistemas de Niklas Luhmann”. Rev. Internacional de Filosofía Contrastes. Vol. XV. 2010. Universidad de Málaga. pp. 301-317.
54. VALLS PRIETO, Javier. “La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva”. REDPCP. (11-14). 2009. pp.14-25.

Tesis doctorales:

- GONZÁLEZ SIERRA, Pablo. Tesis doctoral: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Departamento de Derecho Penal, Universidad de Granada, España. 2012.

- SALVO ILABEL, Nelly. *Modelos de Imputación penal a personas jurídicas: estudio comparado de los sistemas español y chileno*. Departamento de Ciencia Política y Derecho Público, Universidad Autónoma de Barcelona, España. 2014.

Otros artículos académicos:

- BLOJ, Marcelo. “Algunas reflexiones en torno a diversos aspectos problemáticos de la responsabilidad por el productor en el Derecho Penal.” Trabajo final de Máster, Máster en Derecho Penal Universidad de Sevilla. 2013.
- IULIA POP, Anca. “Criminal liability of corporations – comparative jurisprudence”. Michigan State University College of Law. 2006. Se puede consultar en <http://digitalcommons.law.msu.edu/king/81>.
- LENGGENHAGER, F/MEINHARDT, M. “Switzerland”. En Bribery & Corruption 2017. Global Legal Insights.
- MARTÍNEZ, D; ABRIL, J; RODRÍGUEZ, E; REYES, L. “La protección del whistleblower tras la Directiva (UE) 2019/1937. Análisis del nuevo marco jurídico desde la perspectiva del Derecho laboral, público, penal y de protección de datos”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 53, 2019. pp.24-68 (ISSN: 1578-956X).
- PLENDERLEITH, Jack. “France gets serious about anti-corruption”. International Compliance Association. 2017.

Manuales, guías, reglamentos o circulares:

- Agencia Mundial Antidopaje. (2014). “Pasaporte biológico del deportista. Directrices operativas y compilación de elementos necesarios”. Se puede consultar en: <http://deportelimpio.com/media/1456/directrices-para-pasaporte-biológico.pdf>. (Consultado por última vez 28/01/2024).
- Carta Olímpica del Comité Olímpico Internacional.
- Comisión Europea. “Libro blanco sobre el deporte”. Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas. 2007.

- Comisión Nacional del Mercado de Valores de España (CNMV). “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”, de 22 de mayo de 2006.
- Comisión Nacional del Mercado de Valores de España. “Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas”. 2015.
- Commonwealth Secretariat “The Commonwealth Guide to Advancing Development through Sport”. 2013.
- Compliance week Publication. E-book: “Conducting effective Investigations”. 2017.
- Criminal Division of the U.S Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S Securities and Exchange Commission. “FCPA. A Resource Guide to the U.S Foreign Corrupt Practices Act”. 2012.
- Estatutos Sociales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional de España, 2015.
- Federación Internacional de Fútbol Asociado. “Código Ético de la FIFA”. 2012.
- Fiscalía General del Reino de España. Circular 1/2011 de 1 de junio.
- L’Agence Française Anticorruption: “Guide pratique: La fonction conformité anticorruption dans l’entreprise”. Junio 2019. Se puede consultar en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/2019-01-29_-_Guide_pratique_fonction_conformite.pdf. (Consultado por última vez 28/01/2024).
- Linklaters Law Firm. “Corporate Criminal Liability. A review of law and practice across the globe”. 2016
- Ministry of Justice of the United Kingdom. “A guide to the Corporate Manslaughter and Corporate Homicide Act 2007”.
- Ministry of Justice of the United Kingdom. “The UK Bribery Act. Quick Start Guide”. 2011.
- OCDE – UNODC – Banco Mundial. 2013. Ética Anticorrupción y Elementos de Cumplimiento Manual para Empresas. Se puede consultar en: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2014/Etica-Anticorrupcion-Elementos-Cumplimiento.pdf>.
- Organización de Naciones Unidas (ONU). “Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos”. 2011
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). “Líneas Directrices para Empresas multinacionales”. 2011

- Reglamento de control económico de los Clubes y Sociedades Anónimas Deportivas afiliados a la Liga Nacional de Fútbol Profesional. 2014.
- Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias (SEPBLAC). “Recomendaciones sobre medidas de control interno para la prevención del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo”. 2013. Madrid, España.
- Transparency International España. “Guía Práctica de autodiagnóstico y reporting en cumplimiento normativo, buen gobierno corporativo, y prevención de la corrupción”. 2017.
- Transparency International España. “Propuestas de Buenas Prácticas y Prevención de la Corrupción en el Deporte”. Comisión de Integridad y Prevención de la Corrupción en el Deporte. España. 2017.
- Transparency International Suiza. “Corruption dans le sport: prevention et lutte”. 2da ed. 2017.
- Transparency International. “Recommended draft principles for whistleblowing legislation”. 2009.
- Transparency International. “The anti-corruption plain language guide”. 2009.
- U.S Attorney’s Manual (USAM). (Manual de los fiscales de los Estados Unidos de América). 1997.
- U.S Department of Justice, Criminal Division. “Evaluation of corporate compliance programs”. Abril 2019.
- U.S Department of Justice, Office of the Deputy Attorney General Sally Quillian Yates, memorandum titulado: Individual Accountability for Corporate Wrongdoing (conocido como Yates Memorandum) de 9 de septiembre de 2015.
- United Nations Global Compact. “Fighting Corruption in Sport Sponsorship and Hospitality. A Practical Guide for Companies”. 2014.
- United Nations Office on Drugs and Crime. “An Anti-Corruption Ethics and Compliance Programme for Business: A Practicas Guide”. 2013.
- United States Sentencing Commission. “Guidelines Manual, United Stades Sentencing Guidelines”. 2016.

Informes especializados:

- Consejo de Europa, “Good football governance”. De 15 de diciembre de 2017. Se puede consultar en: <http://semanticpace.net/tools/pdf.aspx?doc=aHR0cDovL2Fzc2VtYmx5LmNvZS5pbmQvbneveG1sL1hSZWYvWDJILURXLWV4dHIuYXNwP2ZpbGVpZD0yNDI4NCZsYW5nPUVO&xsl=aHR0cDovL3NlbWFudGljcGFjZS5uZXQvWHNsdC9QZGYvWFJlZi1XRRC1BVC1YTUwyUERGLnhzbA==&xslparams=ZmlsZWlkPTI0Mjg0>. (Consultado por última vez 28/01/2024).
- Corporate Fraud Task Force. “First Year Report to the President”. 22 de julio de 2002.
- Doyle, Charles. Informe: Corporate Criminal Liability: An Overview of Federal Law. Preparado para los Miembros y Comités del Congreso de los Estados Unidos de América. 30 de octubre de 2013. Congressional Research Service.
- GARCIA, M/BORBÉLY, C. “Report on the inquiry into the 2018/2022 FIFA World Cup bidding process”. También llamado Informe Garcia se puede consultar en: http://resources.fifa.com/mm/document/affederation/footballgovernance/02/89/87/97/aus_bel_ned_eng_esp-por_jpn_kor_qat_report_neutral.pdf. (Consultado por última vez 28/01/2024).
- National Center for Preventive Law: “Corporate Compliance Principles”. 1996. Se puede consultar en: <http://www.preventivelawyer.org/content/pdfs/corporate.pdf>. (Consultado por última vez 28/01/2024).
- Wilson, Bill. “Criminal Sentencing (Equity fines) Bill Consultation Paper. Proposal for a Bill to allow courts to obtain pre-sentence company background inquiry reports and impose equity fines”. 2008.