



ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL, CELEBRADO EN BARCELONA, EL 5 Y 6 DE FEBRERO DE 2024

Directora
MIRIAM CUGAT MAURI



**tirant
lo blanch**

HOMENAJES
& CONGRESOS

ACCESO GRATIS a la Lectura en la Nube

Para visualizar el libro electrónico en la nube de lectura envíe junto a su nombre y apellidos una fotografía del código de barras situado en la contraportada del libro y otra del ticket de compra a la dirección:

ebooktirant@tirant.com

En un máximo de 72 horas laborables le enviaremos el código de acceso con sus instrucciones.

La visualización del libro en **NUBE DE LECTURA** excluye los usos bibliotecarios y públicos que puedan poner el archivo electrónico a disposición de una comunidad de lectores. Se permite tan solo un uso individual y privado.

ACTAS DEL CONGRESO INTERNACIONAL SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL, CELEBRADO EN BARCELONA EL 5 Y 6 DE FEBRERO DE 2024



Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i La prevención de la corrupción en el sector público empresarial (PRECOSPE), PID2020-117526RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG

Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO

Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN

Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho
Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ

Ministro en retiro de la Suprema
Corte de Justicia de la Nación
y miembro de El Colegio Nacional

MARÍA LUISA CUERDA ARNAU

Catedrática de Derecho Penal
de la Universidad Jaume I de Castellón

MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ

Catedrático de Derecho Procesal de la UNED

CARMEN DOMÍNGUEZ HIDALGO

Catedrática de Derecho Civil
de la Pontificia Universidad Católica de Chile

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT

Juez de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos
Investigador del Instituto de Investigaciones

Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS

Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ

Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC

Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia

LUIS LÓPEZ GUERRA

Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ

Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla

Fueron miembros de este Comité:

Emilio Beltrán Sánchez, Rosario Valuesta Fernández y Tomás S. Vives Antón

Procedimiento de selección de originales, ver página web:
www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

**ACTAS DEL CONGRESO
INTERNACIONAL SOBRE LA
PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN
EL SECTOR PÚBLICO EMPRESARIAL,
CELEBRADO EN BARCELONA
EL 5 Y 6 DE FEBRERO DE 2024**

Directora:
MIRIAM CUGAT MAURI

tirant lo blanch

Valencia, 2025

Copyright ® 2025

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Varias autoras y autores

© TIRANT LO BLANCH

EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFS.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1095-249-2

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

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

Universidades colaboradoras:



Acción Integrada de los Proyectos de Investigación PID2022-138775NB-I00 (USAL); PID2020-117562RB-100 (UAB), PID2020-118854GB-100 (UPNA), PID2020-119878GB-100 (UA), PID2021-123028OB-I00 (UCM); TED2021-130682B-I00 (UCLM); PID2020-114303RB-100 (ULPGC)



Universidad Pública de Navarra
Nafarroako Unibertsitate Publikoa



UNIVERSIDADE
DE SANTIAGO
DE COMPOSTELA



Universidad de
Castilla-La Mancha



UNIMORE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI
MODENA E REGGIO EMILIA



GReDP
Grup de Recerca en Dret Penal i noves
tendències de la política criminal
Universitat Autònoma de Barcelona



Universitat Autònoma
de Barcelona

Autores (en orden alfabético)

Bin, Ludovico

*Profesor investigador de Derecho penal.
Università di Modena e Reggio Emilia*

Cardona Barber, Antoni

*Profesor Lector de Derecho penal.
Universitat Autònoma de Barcelona*

Carpio Briz, David

*Profesor agregado de Derecho penal.
Universidad de Barcelona*

Carrera Hortas, Andrés

*Profesor de Derecho penal,
Universidade de Vigo*

Carrillo Del Teso, Ana E.

*Profesora permanente laboral de Derecho
procesal, Universidad de Salamanca*

Casas Hervilla, Jordi

*Fiscal de la Secretaría Técnica
de la Fiscalía General*

Consorte, Francesca

*Ricercatrice Tenure Track di Diritto
penale, Università degli Studi di Parma*

Cugat Mauri, Miriam

*Catedrática de Derecho Penal.
Universitat Autònoma de Barcelona*

Curi, Francesca

*Catedrática (acr.) de Derecho penal. Alma
mater studiorum Università di Bologna*

Escoda Ruanes, Elisenda

*Tècnica de prevención de la Oficina
Antifrau de Catalunya*

Foffani, Luigi

*Catedrático de Derecho penal. Università
degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

Forcadell I Esteller, Xavier

*Coordinador del Área de Buen Gobierno,
Asistencia Local y Cohesión Territorial
de la Diputación de Barcelona y Profesor
asociado de Derecho administrativo
de la Universitat Rovira i Virgili*

Gaddi, Daniela

*Profesora lectora de Derecho penal.
Universitat Autònoma de Barcelona*

García-Moreno, Beatriz

*Profesora contratada doctora de Derecho
penal. Universidad de Castilla La Mancha*

Gimeno Jubero, Miguel Ángel

Director de la Oficina Antifrau de Catalunya

Gullo, Antonino

*Catedrático de Derecho penal. Università
Luiss Guido Carli de Roma*

Jericó Ojer, Leticia

*Profesora titular de Derecho penal,
Universidad pública de Navarra*

López Hernández, Jaume
*Director general de Buen Gobierno,
 Innovación y Calidad Democráticas
 de la Generalitat de Catalunya*

López Yagües, Verónica
*Profesora titular de Derecho procesal.
 Universidad de Alicante*

Lloria García, Paz
*Catedrática de Derecho penal.
 Universidad de Valencia*

Merenda, Ilaria
*Catedrática (acr.) de Derecho penal.
 Università degli studi Roma Tre*

Mongillo, Vincenzo
*Catedrático de Derecho penal. Università
 degli Studi di Roma Unitelma Sapienza*

Montaner Fernández, Raquel
*Profesora agregada de Derecho penal.
 Universitat Pompeu Fabra*

Morales Prats, Fermín
*Catedrático de Derecho Penal. Universitat
 Autònoma de Barcelona. Socio Director
 de Morales Abogados Penalistas*

Nieto Martín, Adán
*Catedrático de Derecho Penal.
 Universidad de Castilla la Mancha.*

Ortiz De Urbina Gimeno, Íñigo
*Profesor titular de Derecho penal.
 Universidad Complutense de Madrid*

Padrós Reig, Carlos
*Catedrático (acr.) de Derecho Administrativo.
 Universidad Autónoma de Barcelona. Ex-
 Letrado del Tribunal Constitucional*

Pifarré De Moner, María José
*Profesora lectora de Derecho penal.
 Universitat Autònoma de Barcelona*

Quintero Olivares, Gonzalo
*Catedrático (ad h.) de Derecho penal.
 Universitat Rovira i Virgili. Abogado*

Rebollo Vargas, Rafael
*Catedrático de Derecho penal.
 Universitat Autònoma de Barcelona*

Roca Safont, Óscar
*Director de Prevención de la Oficina
 Antifrau de Catalunya (OAC)*

Rodríguez Puerta, María José
*Profesora titular de Derecho penal.
 Universitat Autònoma de Barcelona*

Tordini Cagli, Silvia
*Catedrática (acr.) de Derecho penal. Alma
 mater studiorum Università di Bologna*

Torre, Valeria
*Catedrática (acr.) de Derecho
 penal. Università di Foggia*

Valeije Álvarez, Inma
*Profesora titular de Derecho penal.
 Universidade de Santiago de Compostela*

Valentini, Vico
*Catedrático (acr.) de Derecho penal.
 Università degli studi di Perugia*

Vázquez-Portomeñe Seijas, Fernando
*Catedrático de Derecho penal. Universidade
 de Santiago de Compostela*

Vilà Cuñat, Anna
*Becaria de investigación La Caixa INPhINIT
 Retaining. Universidad de Castilla-La Mancha.*

Índice

Abreviaturas 17

Presentación 19

MIGUEL ÁNGEL GIMENO JUBERO
FORCADELL I ESTELLER, XAVIER
ADÁN NIETO MARTÍN
LUIGI FOFFANI
MIRIAM CUGAT MAURI

PARTE I

LOS DELITOS DE FUNCIONARIOS ANTE LAS TRANSFORMACIONES DEL SECTOR PÚBLICO

1. La noción de sujeto administrativo en la atribución de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas 27

CARLOS PADRÓS REIG

2. Las transformaciones del sector público desde la perspectiva penal 31

GONZALO QUINTERO OLIVARES

3. El proceso de elaboración de la Propuesta de Directiva sobre corrupción 35

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

4. Luces y sombras de la Propuesta de Directiva anticorrupción de la UE 37

VINCENZO MONGILLO

5. Propuesta de Directiva sobre corrupción, con especial mención al concepto de funcionario 39

INMA VALEJJE ÁLVAREZ

6. Condicionalidad presupuestaria y lucha contra la corrupción en el sector público: la “nueva generación” de cumplimiento normativo en Europa 43

ANNA VILÀ CUÑAT

PARTE II

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS PÚBLICAS

1. La responsabilidad penal de las asociaciones de municipios 49

FERMÍN MORALES PRATS

2. Límites a la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas 51

ANTONI CARDONA BARBER

3. Especificidades de las compliance aplicables al sector público empresarial	53
RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ	
4. Responsabilità da reato e prevenzione della corruzione: l'esperienza italiana nelle società in controllo e a partecipazione pubblica	55
ANTONIO GULLO	
5. Le sanzioni della 231 per gli enti pubblici economici.....	57
VALERIA TORRE	
6. Autonomia della responsabilità punitiva degli enti e corruzione pubblica.....	61
VICO VALENTINI	
7. Pequeñas empresas, sociedades unipersonales y relación con las matrices	69
ANDRÉS CARRERA HORTAS	

PARTE III

ESTADO ACTUAL DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL SECTOR PÚBLICO, EN ESPAÑA E ITALIA

1. El estado de implantación de los programas de cumplimiento normativo y de integridad en el sector público empresarial en Cataluña: las conclusiones del estudio de campo.....	75
ELISENDA ESCODA RUANES	
2. Los gobiernos locales y la prevención de la corrupción. Especial referencia a los retos derivados de la asistencia supramunicipal y los nuevos canales de personas que informan y alertan sobre infracciones normativas en la lucha contra la corrupción	79
XAVIER FORCADELL ESTELLER	
3. Estat actual dels programes de compliment en el sector públic	83
JAUME LÓPEZ HERNÁNDEZ	
4. Estado actual de los programas de cumplimiento en el sector público, en Italia	85
LUIGI FOFFANI	
5. La compliance penale in Italia	87
FRANCESCA CONSORTE	

PARTE IV

LOS RIESGOS PENALES Y SU PREVENCIÓN

1. Propuesta para una reinterpretación de los elementos esenciales del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios (art. 439 CP).....	95
RAFAEL REBOLLO VARGAS	
2. La posible responsabilidad penal de las empresas públicas en el delito de cohecho ..	97
M ^a JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA	

3. Prevención de la corrupción y regulación de los lobbies	99
FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS	
4. La tutela penal del patrimonio de las sociedades mercantiles de capital mixto	101
JORDI CASAS HERVILLA	
5. L'abuso d'ufficio	103
SILVIA TORDINI CAGLI	
6. Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano.....	107
ILARIA MERENDA	
7. El compliance que viene: el sector público, los delitos contra el medio ambiente y las exigencias del desarrollo sostenible.....	111
MARÍA JOSÉ PIFARRÉ DE MONER	
8. El delito de revelación de secretos ante la evolución del sector público institucional: la experiencia de los puntos de encuentro familiar	113
PAZ LLORIA GARCÍA	
9. L'ente pubblico economico tra modelli di gestione e tutela della persona- lavoratore. Quale ruolo per il diritto penale?	119
FRANCESCA CURI	
10. Percezione indebita di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p. italiano; art. 308 §§ 1 e 4 c.p. spagnolo) e malversazione ai danni dello Stato (art. 316- bis c.p. italiano; art. 308 §§ 2 e 4 c.p. spagnolo).....	123
LUDOVICO BIN	

PARTE V
CUESTIONES PROCESALES

1. La Justicia restaurativa como estrategia de abordaje de la corrupción en el SPE....	129
DANIELA GADDI	
2. Oportunidad o “el arbitrio de mecanismos alternativos al (ejercicio) de la acción penal”.....	131
VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES	
3. Las investigaciones internas corporativas y los programas de cumplimiento en el SPE.....	137
ANA E. CARRILLO DEL TESO	
4. La transposición de la Directiva 2019/1937 al ordenamiento español: algunas reflexiones sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero.....	141
LETICIA JERICÓ OJER	
5. La regulación española de los canales de alerta y las especificidades del SPE.....	143
BEATRIZ GARCÍA-MORENO	

<i>6. Algunas consideraciones críticas en torno a la falta de garantías procesales de los canales de denuncia y las investigaciones internas en los denominados public compliance.....</i>	<i>145</i>
--	------------

DAVID CARPIO BRIZ

PARTE VI
REFLEXIONES CONCLUSIVAS

<i>Reflexiones conclusivas.....</i>	<i>151</i>
-------------------------------------	------------

OSCAR ROCA SAFONT

Abreviaturas

AAN:	Auto de la Audiencia Nacional
ALECrим:	Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento criminal
ANAC:	Agenzia Nazionale Anticorruzione
Cass.:	Cassazione
Cass. pen.:	Cassazione penale
Cass, Sez. Un.:	Cassazione Sezioni Unite
COM:	Comisión de la Unión Europea
CP:	Código penal
ET:	Estatuto de los Trabajadores
ddl:	Disegno di Legge
d.lgs.:	Decreto Legislativo
EUCO:	Consejo de la Unión europea
FGE:	FGE
L.:	Legge
LECrим:	Ley de Enjuiciamiento criminal
LO:	Ley Orgánica
LPI:	La Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción
NGUE:	Next Generation Unión Europea
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PTPCT:	Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione e della Trasparenza

P.A.:	Pubblica amministrazione
PEF:	Puntos de Encuentro Familiar
PIDECO:	Programa Intervención en Delitos Económicos
PNA:	Piano Nazionale Anticorruzione
ROJ:	Número del Repertorio Oficial de Jurisprudencia
SIA:	Sistema Intern d'Alertes
SMP:	Sociedad mercantil pública
SPE:	Sector público empresarial
STC:	Sentencia del Tribunal Supremo
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
UNCAC:	siglas en inglés de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Presentación

En estas Actas se recoge el contenido esencial de las ponencias presentadas en el *Congreso internacional sobre la prevención de la corrupción en el sector público empresarial*, celebrado en Barcelona los días 5 y 6 de febrero de 2024, coorganizado por la Diputación de Barcelona, la Oficina Antifrau de Catalunya y la Universidad Autónoma de Barcelona, en el marco del proyecto I+D+i sobre *La prevención de la corrupción en el sector público empresarial* (PRECOSPE), PID2020-117526RB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

La idea original del proyecto nace, a su vez, de las conclusiones de una investigación de campo realizada en el marco de un *Convenio de colaboración institucional entre la Oficina Antifrau de Catalunya* (OAC) y varias universidades¹—Castilla-La Mancha, Autónoma de Barcelona y Vigo (durante los años 2020-2022), a las que se sumaron las de Santiago de Compostela y *Modena e Reggio Emilia*, en Italia, (entre 2022 y 2023)–, en el que participaron 23 entes del sector público empresarial de Cataluña², y otros tantos de la Emilia-Romagna (Italia)³, mediante la respuesta a un cuestionario, entrevistas⁴ y la intervención en pluralidad de talleres⁵, Jornadas y Congresos⁶. El resultado de esta investigación concluyó con un informe⁷ que ha sido el punto de partida del I+D+i.

¹ <https://www.antifrau.cat/es/proyecto-cumplimiento-normativo-integridad>

² Entre las entidades participantes: <https://www.antifrau.cat/es/entidades-participan-proyecto>

³ MESORI, L., “Risultati dell’indagine a campione sulla cultura della compliance nelle società pubbliche dell’Emilia-Romagna”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

⁴ https://www.antifrau.cat/es/questionari_estudi_integritat

⁵ <https://www.antifrau.cat/es/antifraude-organiza-talleres-debatir-contrastar-conclusiones-recomendaciones-proyecto-cumplimiento-normativo-publico-integridad-entidades-colaboradoras>

⁶ <https://www.antifrau.cat/es/congreso-cumplimiento-normativo-integridad-entidades-publicas>

⁷ El texto del informe puede hallarse en <https://www.antifrau.cat/sites/default/files/Documents/Recursos/compliment-normatiu-integritat-entitats-sector-public-institucional-catalunya-informe-final.pdf>

Entre las conclusiones del estudio de campo, actuó como acicate de la investigación académica la constatación de una enorme cantidad de dudas sobre las posibilidades aplicativas de los delitos contra la Administración pública en el ámbito de sus Sociedades instrumentales, lo que se proyectaba irremediablemente sobre la general sensación de inseguridad acerca de qué riesgos penales debían estar en el punto de mira de los programas de prevención de la corrupción.

Para su resolución iniciamos un trabajo de reflexión colectiva sobre la multiplicidad de problemas detectados, en el que participaron expertos en corrupción de distintas Universidades: inicialmente, Castilla La Mancha, Autónoma de Barcelona, Vigo, Santiago de Compostela y Modena e Reggio Emilia, y más adelante también Las Palmas de Gran Canaria, Valencia, Alicante, Barcelona, Pública de Navarra, Salamanca y Complutense de Madrid, gracias a la financiación de los proyectos de Investigación PID2022-138775NB-I00 (SAL); PID2020-118854GB-100 (UPNA); PID2020-119878GB-100 (UA); PID2021-123028OB-I00 (UCM); TED2021-130682B-I00 (UCLM); PID2020-114303RB-100 (ULPGC); PID2019-110914RB-I00 (USC).

La sola mención de todas las instituciones y Universidades que, a lo largo de estos años, han participado en las actividades de desarrollo del proyecto, basta para comprender el *interés que el tema presenta tanto para el teórico como para el práctico*. De ahí la decisión de compartir los resultados del Congreso con los profesionales y estudiosos en la materia, que podrán encontrar en estas Actas una visión panorámica del estado de la cuestión.

Desde esta óptica, *el primer grupo de ponencias trata de las transformaciones del sector público empresarial y su necesario impacto en el Derecho penal*; la Propuesta de Directiva sobre corrupción que, haciéndose eco de este fenómeno revisa el concepto de funcionario; y, por fin, el nuevo enfoque sobre la prevención de la corrupción propugnado por la UE, en la era post-covid.

El siguiente grupo de ponencias aborda las condiciones a las que se somete la exigencia de responsabilidades penales de los entes integrantes del SPE, así como las especificidades de las compliance y sanciones que les son aplicables. En este orden de consideraciones, especial consideración se hace a la experiencia italiana

Los resultados y reflexiones sobre el Informe sobre las empresas de Cataluña pueden hallarse en: ESCODA RUANES, E., “Resultados del estudio de campo de la Oficina Antifraude de Cataluña”, y NIETO MARTÍN, A. y GIMENO JUBERO, M.A., “Entidades del sector público empresarial de Catalunya y cumplimiento normativo: aspectos para un debate abierto”, ambos en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

que nos ilustra acerca del modelo híbrido previsto para el SPE, en el que, por un lado, rige el sistema genérico del D.lgs. 231/2001, en el que las *compliance* aparecen como una vía de exención de la responsabilidad criminal de los entes colectivos; y, por otro, el sistema específico de la L 190/2012, que obliga a la Administración pública a dotarse de sistemas organizativos para la prevención de la corrupción. Asimismo, se reflexiona acerca de las particularidades que presenta la prevención de la corrupción en el contexto de las relaciones entre la Administración matriz y sus entes instrumentales, a la luz de sus semejanzas con los grupos empresariales.

El tercer grupo de contribuciones se dedica al estado de implantación de los programas anticorrupción, a partir del estudio de campo elaborado en el marco del mencionado Convenio de colaboración institucional entre la Oficina Antifrau de Catalunya (OAC) y diversas Universidades españolas e italianas, que concluyó con un Informe sobre el estado de la cuestión en Cataluña y otro sobre la Emilia-Romagna, en Italia. En la valoración acerca de tales resultados se hace especial referencia al papel que pueden desarrollar las entidades supramunicipales—como la Diputación de Barcelona—en el suministro de modelos y criterios de referencia para los entes de pequeñas dimensiones y presupuesto limitado, así como la función promocional que ha asumido la Generalitat de Cataluña en la adopción, dentro de su ámbito competencial, de los Sistemas Internos de Alertas.

A continuación, un *cuarto grupo de aportaciones se dedica a reflexionar acerca de las posibilidades aplicativas de los delitos contra la Administración pública* en el SPE, a propósito de algunas figuras clave. Como tema de común interés a todas ellas, se trata del problema de definición del concepto de funcionario público, ante la progresiva externalización de funciones. Junto a este, en cada una de las ponencias se abordan los problemas específicos que plantea la prevención o sanción de cada una de las figuras delictivas objeto de análisis: las negociaciones prohibidas, el cohecho, el “*abuso d’ufficio*” – hoy derogado por Ley 9-8-2024, n. 114–los delitos contra el medio ambiente, la revelación de secretos, los delitos contra los derechos de los trabajadores y el fraude de subvenciones.

Por fin, *el último grupo de contribuciones se dedica a cuestiones de orden procesal o procedimental*, útiles tanto desde el punto de vista de la prevención como de la persecución de la corrupción, explorando fórmulas alternativas a las tradicionales. Por un lado, se presta atención a la posibilidad de archivo del procedimiento para dar curso a modos alternativos de resolución del conflicto, en línea con lo previsto en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, reflexionando sobre el potencial de los

mismos. Por otro lado, se discuten algunos aspectos de la recentísima *Ley de protección de alertadores*, con especial mención del necesario respeto de las garantías procesales.

En fin, el conjunto de ponencias ha de permitir al lector tener una idea sintética de los principales puntos de discusión y el estado de la cuestión en la actualidad. Sin embargo, la obligada brevedad de un Libro de actas como este impide exponer con el detalle que sería deseable toda la complejidad de la materia tratada. Por ese motivo, si el lector desea continuar leyendo lo que cada uno de los autores ha publicado sobre el tema, puede acudir a las referencias bibliográficas incluidas en nota a pie de página al inicio de cada contribución.

Esperamos que nuestro trabajo sirva para continuar avanzando en la teoría y la práctica de los programas anticorrupción.

MIGUEL ÁNGEL GIMENO JUBERO
Director de la Oficina Antifrau de Catalunya

FORCADELL I ESTELLER, XAVIER
*Coordinador del Área de Buen Gobierno,
Asistencia Local y Cohesión Territorial de la Diputación de Barcelona y
Profesor asociado de Derecho administrativo de la Universitat Rovira i Virgili*

ADÁN NIETO MARTÍN
*Catedrático de Derecho penal.
Universidad de Castilla la Mancha*

LUIGI FOFFANI
*Catedrático de Derecho penal.
Università di Modena e Reggio Emilia*

MIRIAM CUGAT MAURI
*Catedrática de Derecho penal.
Universitat Autònoma de Barcelona*

PARTE I

LOS DELITOS DE

FUNCIONARIOS ANTE LAS

TRANSFORMACIONES DEL

SECTOR PÚBLICO

1. La noción de sujeto administrativo en la atribución de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas¹

CARLOS PADRÓS REIG

*Catedrático (Acr.) de Derecho Administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona
Ex-Letrado del Tribunal Constitucional*

Desde hace tiempo, se incorporó al Derecho penal español la responsabilidad penal de las empresas superando el brocardo clásico de “*societas delinquere non potest*”. El art. 31 quinque CP prevé una exención por razón del carácter público del sujeto mercantil y una limitación cuando la entidad es privada y gestiona un servicio de interés general.

Por ello, interseccionan los conceptos ius-administrativos relativos al “carácter público del sujeto” y a la actividad de “servicio de interés general”. Parecería como si el legislador penal hubiera optado por una cierta defensa hacia la personificación privada de las Administraciones públicas en lo que se refiere a la extensión del principio de responsabilidad penal.

En lo que se refiere al primer elemento (“carácter público del sujeto”) debe manejarse una doble concepción del Derecho administrativo. De una parte, es un Derecho especial por razón del interés general que se persigue. Así, las administraciones estatal, regional o local son siempre públicas por definición. De otra parte, el Derecho administrativo es un derecho de garantía frente al ejercicio del poder de manera que la actuación de la Administración debe rodearse de un conjunto de garantías para el ciudadano. Así se entiende el derecho de la contratación de bienes y personal, la gestión del patrimonio o el ejercicio de potestades de *imperium*.

¹ Sobre este tema, del mismo autor: PADRÓS REIG, C., “El problema del sujeto administrativo en la atribución de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa); PADRÓS REIG/COELLO MARTÍN, “La extensión del concepto “empleo público” a las entidades privadas”, *Revista Docente Aranzadi Social*, núm.1/2013;

Es en este segundo aspecto donde más se ha utilizado la personificación privada como forma de eludir la aplicación de la farragosa y complicada normativa especial. Un ayuntamiento crea una sociedad mercantil para desarrollar un proyecto y gozar de la agilidad y flexibilidad del derecho privado que permite contratar libremente y rendir, al final, cuentas del resultado.

En cualquier caso, la evolución moderna del concepto de sujeto permite apreciar un movimiento de un concepto tradicional de Administración más restringido hacia uno más amplio de Sector público, tanto en la legislación administrativa general como en la especial relativa a la contabilidad pública o la contratación. Esta nueva concepción – básicamente traída por el Derecho de la UE–provoca que, a efectos administrativos, se ha ampliado notablemente la concepción estrictamente formal de “sujeto” para abrazar una idea funcional. Y esta mutación–por coherencia sistemática del conjunto del ordenamiento – debería afectar al Derecho penal.

A modo de ejemplo, en la STJUE de STJUE (Sala 10^a) de 28 de abril de 2022, se plantea la cuestión del tratamiento contable de una escuela privada-concertada en Bélgica. El Tribunal razona que se trata de una unidad institucional pública, no por el sujeto (privado) sino por la intensidad de la regulación pública sobre la actividad. Ya que es el Estado el que regula el servicio público de educación, serán extensibles las normas contables a cualquier sujeto que realice esa prestación (con independencia del carácter público o privado del ente).

En definitiva, de la interacción del Derecho administrativo y del Derecho penal en este aspecto, podemos extraer dos reglas:

- a) Existe una exclusión de la responsabilidad penal de las Administraciones específicamente enumeradas: Estado, Administraciones públicas territoriales e institucionales, Organismos Reguladores, Agencias y Entidades Públicas Empresariales, organizaciones internacionales de derecho público, ni aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.” Nace pues la nueva máxima “*Republi- ca delinquere non potest*”.
- b) Para la personificación privada (sociedades mercantiles públicas) se propone una modulación de la exigencia de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles según su objeto. “En el caso de las Sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general, solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33. Esta limitación no será aplicable cuando el juez o

tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.

En conclusión, la aplicación o menos de la responsabilidad penal de las personas jurídico públicas requerirá de una operación valorativa que, vista la complejidad y diversidad de los contornos del sujeto administrativo, llama a una cierta casuística más que a la fijación tipológica definitiva. Reafuerza la idea anterior la noción objetiva donde el carácter público o privado dependerá de la intensidad de la regulación administrativa sectorial en sectores regulados (telecomunicaciones, energía o servicios financieros).

Que una personificación privada de la Administración (sociedad mercantil), sea una mera utilización de la flexibilidad que ofrece el derecho privado y por tanto se trate de un único sujeto administrativo “disfrazado” o, por el contrario, se trate de una verdadera actuación económica desligada del ámbito estrictamente administrativo dependerá de aspectos como: (i) la existencia o menos de socios privados junto con los públicos y el porcentaje que ostenta cada uno de ellos; (ii) la fuente de los ingresos de la sociedad (mercado o fondos públicos); (iii) control o tutela administrativos sobre la actividad (por ejemplo aprobación de tarifas); (iv) la elección de los miembros del gobierno corporativo de la empresa (confusión entre la condición política y la empresarial, que se da por ejemplo en el concejal que es miembro de un consejo de administración de una sociedad local); (v) la existencia o menos de patrimonios separados y de responsabilidad conjunta por las pérdidas de explotación. Todo ello conlleva que – aunque a todas les llamemos uniformemente “sociedad mercantil pública”–deba tratarse distintamente a una sociedad 100% pública respecto a una mixta; a una sociedad que fabrica y vende en condiciones de mercado frente a aquella que presta un transporte subvencionado; y a una sociedad con capacidad de decisión gestora frente a una controlada por el poder político matriz. Todo ello a efectos de lograr una correcta inserción del concepto administrativo de sujeto en las reglas del art. 31 quinquies CP.

2. Las transformaciones del sector público desde la perspectiva penal¹

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático (*ad h.*) de Derecho penal

Universitat Rovira i Virgili

Abogado

En nuestro tiempo se ha impuesto un nuevo modelo de relaciones entre los ciudadanos y la Administración, alejado del autoritarismo, esperando y recibiendo ayuda mutuamente, manteniendo un diálogo que facilitan los enormes avances de las técnicas de información. En lo que concierne al derecho administrativo se ha abierto paso la convicción de que se está ante un nuevo derecho, que tiene como objeto la buena Administración, dejando atrás la imagen de una Administración pública limitada al estricto cumplimiento de las normas que regulan sus obligaciones y poderes, atenta al control de cumplimiento por parte de los ciudadanos de sus respectivos deberes.

En lo que corresponde al derecho penal, esa evolución se plasma en una paralela y necesaria evolución de las tipicidades penales que contempla

¹ Sobre este tema, del mismo autor: QUINTERO OLIVARES, G., “La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio”, *Poder Judicial*, núm. extra 8, 1989; GIMENO FELIU/SALA SÁNCHEZ/QUINTERO OLIVARES, *El interés público y su satisfacción público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica*, Cambra de comer de Barcelona, 2017; GIMENO FELIU/QUINTERO OLIVARES/SALA SÁNCHEZ, “Límites jurídicos europeos y constitucionales sobre iniciativa privada y prestación de actividades de servicio público”; en CAAMAÑO DOMÍNGUEZ/GIMENO FELIU/QUINTERO OLIVARES/SALA SÁNCHEZ, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, Profit, 2017; QUINTERO OLIVARES, G., “Recuperación legítima y expropiación ilícita”, en FEIJÓO REY/PIMENTEL SILES (eds.), *El interés general y la excelencia en los servicios públicos*, Almuzara, 2017; QUINTERO OLIVARES, G., “El Derecho Penal y las empresas públicas. Un problema político-criminal”, en Morillas Cueva (dir.), *Respuestas jurídicas frente a la corrupción política*, Dykinson, 2021; QUINTERO OLIVARES, G., “Las transformaciones del sector público y su incidencia en el Derecho penal”, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana*, Estudios Penales y Criminológicos (en prensa).

relaciones de expectativa entre la Administración y el ciudadano, y, a simple título de ejemplo, podemos pensar en los delitos de denegación de auxilio, los abusos de autoridad o los abandonos de servicios públicos.

Cuestión diferente es que el derecho administrativo haya evolucionado al mismo ritmo, y eso es aún más complicado cuando, como sucede en España, hay que referirlo a la Administración estatal y a las de cada Comunidad Autónoma y sus correspondientes municipios.

En todo caso, el objetivo de servicio al interés general desde el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas tendrá que ser la regla inviolable. Otra cosa es que el incumplimiento de esos modos de actuar dé siempre paso a una responsabilidad jurídicamente exigible, puesto que no toda desviación que abandone la idea de buena Administración se ha de traducir en infracciones y sanciones, y, menos, de índole penal, ya que el control real es el de naturaleza política.

Algunos fenómenos de la Administración de nuestro tiempo son conocidos sobradamente, como sucede con la multiplicación de servicios que se encomiendan a Empresas Públicas, así como la creciente participación de empresas privadas en la prestación de servicios públicos bajo la condición de concesionarios.

El régimen jurídico de las empresas públicas ha venido siendo complejo, tanto en lo mercantil como en lo penal, y lógicamente es deseable que ni directa ni indirectamente puedan disfrutar de una posición que les genere ventaja en el mercado. Además de la deseable igualdad de condiciones, que se quiebra, por ejemplo, cuando la empresa pública puede operar sin temor a pérdidas porque, a la postre, eso no pone en peligro su subsistencia, existe otra importante condición para la igualdad: que unas y otras estén sometidas a los mismos deberes ético-empresariales y jurídicos, y, por supuesto, al mismo riesgo de responsabilidad penal.

La empresa pública es una de las dimensiones o modos de actuación de la Administración pública en nuestro tiempo, y por eso los sistemas de control en esa clase de empresas no pueden ser los mismos que en la empresa privada, pero esa “forma de actuación de la Administración” puede albergar corrupción. Y cuando caen en ella las Sociedades Mercantiles Públicas pueden incurrir en RP, si bien con un abanico limitado de penas en los casos en que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Queda, además, un tema fundamental: la aplicabilidad a los gestores de las Sociedades mercantiles públicas de los tipos de delito previstos para los funcionarios públicos. Es evidente que la entrada de sujetos, personas

físicas o jurídicas, que formalmente no son la Administración, comporta ciertas exigencias:

- a) Ese camino no puede suponer, antes, al contrario, un deterioro en la calidad del servicio o prestación que hubiera podido ofrecer la Administración o que, incluso, ésta ya hubiera prestado antes. Si, por ejemplo, la cobertura sanitaria que ofrece la red de hospitales públicos, se transfiere a particulares en virtud de concesión o “convenio de colaboración”, como a veces ha sucedido, no puede ser degradando la calidad del servicio.
- b) Si eso se hiciese, y se llegara a demostrar que ese efecto era previsible, la decisión de tomar esa vía podría ser calificada de injusta en el sentido del delito de prevaricación, con independencia de la impugnación en vía administrativa.
- c) Asumir que la cesión de servicios no puede ser ilimitada. En puridad, cualquier Administración pública puede contratar y pactar sin más límites que el ordenamiento jurídico y el interés general. Ciertamente que una declaración tan solemne no es especialmente clarificador a acerca de lo que no puede ser objeto de concesión, pero ese es un problema que, más allá de las consideraciones jurídicas que se pueden hacer acerca de intereses públicos indelegables, solo puede resolverse por la vía del control político.

Claro está que no puede ser objeto de concesión cualquier clase de servicio. En relativa coherencia con ello, el artículo 17 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, *de Contratos del Sector Público*, declara que “*no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*”, disposición que dista de ser clara, pues si por ejercicio de autoridad se entiende el desarrollo de actividades que puedan suponer la compulsión directa sobre los ciudadanos, en seguida vienen a la memoria los límites a las actuaciones de policías privadas en materia de control y registro que pueden invadir el ámbito constitucional de la intimidad. Ciento que está preservada la intimidad corporal, pero ese aspecto no cubre la totalidad de los que componen la esfera de la intimidad.

Compartir con particulares la prestación de servicios inicialmente de competencia de la Administración es posible, claro está, pero la concesión administrativa es también una realidad jurídica que tiene un valor de mercado, y por eso mismo, ha de ser transparente y objetiva la actividad administrativa en todo lo referente a los concursos, selecciones, adjudicaciones, esto es, a la concreción de la persona física o jurídica que asumirá la concesión administrativa.

3. El proceso de elaboración de la Propuesta de Directiva sobre corrupción¹

ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO

*Profesor titular de Derecho penal
Universidad Complutense de Madrid*

A lo largo de la historia una mayoría de juristas ha estado de acuerdo con la opinión atribuida a Bismarck, quien habría dicho (palabras más, palabras menos) que "las leyes son como las salchichas: uno no debe estar presente cuando se hacen". La opinión exactamente contraria fue sin embargo defendida de forma convincente hace ahora 51 años por el penalista suizo Peter Noll en su gran obra *Gesetzgebungslehre*, en la que amonestaba a sus colegas por esperar a que el producto estuviera ya terminado (la legislación aprobada) y entonces criticarlo. En su compatible opinión, este proceder es un sinsentido en términos de la elaboración y puesta en marcha de políticas públicas, debiéndose prestar mayor atención al procedimiento legislativo.

En esta línea, y por diversos motivos (o al menos con distintas interpretaciones), a partir de los años noventa la UE lanzó una serie de iniciativas sobre regulación bajo el lema general "Legislar mejor. Según se explica hoy en el sitio web de la Comisión (COM): "El programa 'Legislar mejor' garantiza que la legislación de la UE se base en datos comprobados (*evidence*) y sea transparente, teniendo en cuenta las opiniones de los afectados. La Comisión evalúa y mejora la legislación de la UE, centrándose en lo que más importa".

¹ Sobre este tema, del mismo autor: ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Korruption im Sport im Lichte des spanischen Strafrechts", en Kudlich/Kuhlen/Gómez/Ortiz de Urbina (dirs.), *Korruption im Strafrecht*, C.F.Müller, Hamburgo 2018; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Delitos contra la administración pública", en Ragués Vallès (coord.), *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*. 9^a ed., adaptada a la LO 4/2023, Atelier, Barcelona 2023; ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., "Delitos contra la administración como agente económico", en Silva Sánchez (dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte General y Especial*, 2^a ed., Atelier, Barcelona 2023.

En su discurso sobre el Estado de la Unión de septiembre de 2022 la presidenta de la COM expuso la necesidad de actuar con decisión contra la corrupción y, como resultado, en mayo de 2023 la COM presentó una propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción que está ya siendo negociada entre ambos colegisladores, Parlamento Europeo y Consejo de la UE. Recuperando la referencia a la "legislación basada en datos comprobados", en la intervención se toma a la COM por sus palabras y se analiza el tratamiento otorgado a los "datos comprobados" en esta propuesta de Directiva. El resultado del análisis es algo deprimente: a pesar de la importancia que se atribuye al tema, en el Memorando Explicativo enviado por la COM a los colegisladores el 4 de mayo de 2022 se explica que se decidió "excepcionalmente" (lo cual no es tan cierto) que la propuesta de Directiva no precisaba de una evaluación de impacto. A pesar de ello, el Memorando está trufado de afirmaciones grandilocuentes sobre los terribles efectos de la corrupción, para la sociedad, la democracia, la economía y "como facilitador de la delincuencia organizada y la injerencia extranjera hostil". La ponencia se centró en tres extremos: los efectos económicos de la corrupción, las percepciones ciudadanas sobre su extensión y la proclamada insuficiencia de los instrumentos existentes.

En lo que toca a los efectos económicos, a pesar de que se afirma que la UE es uno de los espacios geográficos con menos corrupción, estos se cuantifican principalmente mediante estudios no referidos a este ámbito. Y, en el caso del estudio que sí se refiere a la UE, este concluye con un arco de cifras tan amplio como para invitar al escepticismo: entre un mínimo de 179.000 millones y un máximo de 990.000 millones, cifra esta 5,5 veces superior.

En lo relativo a la opinión pública, se utiliza el dato más grueso, el de la percepción "bruta" sobre su prevalencia, cuando están disponibles (son de hecho las siguientes preguntas en el Eurobarómetro), datos más finos sobre su incidencia directa en la vida ciudadana, pregunta ante la que la ciudadanía da respuestas mucho menos impactantes.

Finalmente, el Memorando afirma que los instrumentos disponibles no resultan suficientes, al tiempo, sin embargo, que reconoce sin reparo alguno que ninguno de los tres ha sido evaluado: ni el Convenio de 1997 sobre la lucha contra la corrupción de los funcionarios de la UE y de los Estados miembros, ni la Decisión marco de 2003 sobre la corrupción en el sector privado, ni la llamada "Directiva PIF", sobre protección de los intereses financieros de la UE.

En conclusión, como "regulación basada en datos comprobados", la propuesta de Directiva no convence.

4. Luces y sombras de la Propuesta de Directiva anticorrupción de la UE¹

VINCENZO MONGILLO

Catedrático de Derecho penal

Università degli Studi di Roma Unitelma Sapienza

La propuesta de una nueva Directiva de la UE sobre la lucha contra la corrupción, presentada por la Comisión Europea el 3 de mayo 2023, confirma que se trata de un tema prioritario de la agenda política de la Unión Europea. A este respecto, la falta de armonización y fragmentación de los sistemas penales nacionales demanda una mayor homogeneización a nivel europeo, mediante el ejercicio de la llamada “competencia no exclusiva” de la UE en asuntos penales, con el fin de abordar los delitos graves de corrupción de manera más amplia y compartida, teniendo en cuenta su posible dimensión transfronteriza.

A este fin, entre otros cometidos, la Propuesta, también busca hacer vinculantes para los Estados Miembros de la UE algunas disposiciones que en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción («UNCAC», por sus siglas en inglés) son sólo “semi-vinculantes”, es decir equivalentes a recomendaciones o simples obligaciones de considerar la introducción de nuevos delitos: en particular, el soborno de funcionarios

¹ Sobre este tema, del mismo autor: MONGILLO, V., *La corruzione tra sfera interna e dimensione internazionale. Effetti, potenzialità e limiti di un diritto penale “multilivello” dallo Stato-nazione alla globalizzazione*, Esi, Napoli, 2012; MONGILLO, V., “Strengths and weaknesses of the proposal for a EU Directive on combating corruption”, *Sistema penale*, núm. 7, 2023; MONGILLO, V., “Il contrasto alla corruzione tra suggestioni del “tipo d’autore” e derive emergenziali”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2020, núm. 2; MONGILLO, V., “La lotta alla corruzione tra frammentazione della tipicità e tattiche di semplificazione probatoria”, *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2024, núm. 2.; MONGILLO, V., “El defecto de organización enigma y esencia de la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas en la experiencia de la aplicación italiana”, *La Ley compliance penal*, núm. 14, 2023; “Luces y sombras de la propuesta de directiva anticorrupción de la UE”, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana, Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

públicos extranjeros y funcionarios de organizaciones internacionales públicas (art. 16, párr. 2 de la UNCAC), el tráfico de influencias (art. 18), el abuso de funciones (art. 19), el enriquecimiento ilícito (art. 20), el soborno en el sector privado (art. 21), la malversación o el peculado de bienes en el sector privado (art. 22) y el encubrimiento (art. 24).

Algunas de las disposiciones recogidas en la Propuesta de Directiva suscitan serias dudas sobre el respeto del principio de proporcionalidad, en especial en lo relativo a lo que se precisa para alcanzar los objetivos del nuevo instrumento de la UE (art. 5(4) del Tratado de la Unión Europea), como sucede con el delito de enriquecimiento por delitos de corrupción, y la irracional decisión de equiparar en buena parte las respuestas a la corrupción en el sector público y en el sector privado.

Por otro lado, también preocupa la preservación de principios fundamentales del derecho penal, como el de legalidad penal y la taxatividad en la redacción de delitos como el abuso de funciones y el tráfico de influencias ilícitas.

Por fin, también debe mencionar una clara divergencia de visión político-criminal entre el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, surgida a lo largo del proceso de aprobación de la propuesta de Directiva, lo que hace que actualmente el resultado final sea muy incierto.

5. Propuesta de Directiva sobre corrupción, con especial mención al concepto de funcionario¹

INMA VALEIJE ÁLVAREZ

Profesora titular de Derecho penal
Universidade de Santiago de Compostela

El “centenario” concepto de funcionario público descrito en el art. 24 del CP, que tradicionalmente integraba el sujeto activo – no solo- de los delitos conocidos coloquialmente como corrupción (prevaricación, modalidades de cohecho pasivo y activo, tráfico de influencias y malversación de caudales y efectos públicos), ha experimentado en estos últimos años una notable transformación. Los factores que han influido en esta expansión, muy resumidamente, obedecen, por un lado, a la necesidad de adecuar la legislación penal a los compromisos internacionales y comunitarios asumidos por el estado español de lucha contra la corrupción. Y, por otro lado, en el ámbito interno, al impulso de la jurisprudencia que, abandonando

¹ Sobre este tema, de la misma autora: VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y personas que desempeñan una función pública”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La prohibición de contratar con el sector público y otras consideraciones accesorias”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 38 Extra, 2018; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “La natura giuridica del divieto di agli Enti colletivi di contrattare con il settore pubblico in caso di corruzione attiva (art. 423.2 c.p. spagnolo)” *Rivista Diritto Penale XXI secolo*, Edizione Scientifiche italiana Anno XVII, Fasc. Núm. 2. luglio/diciembre, núm. 2, 2018 (traducción Prof. Gabriele Fornasari); VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Sobre la responsabilidad penal de las sociedades públicas mercantiles que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general (art. 31.2 quinquies CP)”, en Vázquez-Portomeñe Seijas, F., *Los lobbies: ¿instrumento de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, 2022; VALEIJE, I. “Riesgos penales en la gestión de los Fondos Next Generation UE”, *La Ley Penal*, núm. 162, 2023; VALEIJE, I., “Propuesta de Directiva sobre corrupción, con especial mención al concepto de funcionario”, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana*, *Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

posiciones restrictivas en la interpretación del art. 24 CP, ha sido proclive a adoptar un enfoque funcional alejado de parámetros administrativos, derivando la condición penal de funcionario público del dato de la participación en la función pública (identificándola con la gestión de *dinero o fondos públicos*).

Por lo que se refiere a las reformas penales relacionadas con la trasposición de la normativa internacional y comunitaria deben señalarse una serie de hitos en relación a la asimilación de diversos sujetos a la condición penal de funcionario.

Señaladamente, la reforma del Código por LO 3/2000 introduce el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales en el art. 445 bis, que luego la LO 15/2003 traslada al Cap. X del Libro XIX el art. 445, cuyo sujeto pasivo es el “funcionario público extranjero o de organizaciones internacionales”. Más tarde la LO 1/2015, deroga el art. 445 y traslada el delito comentado al Capítulo XI del Título XII mediante la inclusión del art. 286 ter introduciendo algunas modificaciones. Las principales es que reemplaza la referencia específica de “funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales” por la de “funcionario público o autoridad”, incluyendo una remisión a la nueva definición recogida en el art. 427, noción muy amplia que identifica aquella condición incluso con personas que ejercen funciones públicas para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública. El nuevo art. 286 ter al igual que su homólogo anterior solo tipifica la corrupción activa, esto es, castiga únicamente al particular que actúa para corromper *un funcionario que encaje en alguna de las modalidades descritas en el art. 427*, pero no sanciona al funcionario cuando solicita o acepte el correspondiente soborno.

La siguiente reforma penal que afecta al ámbito de aplicación del término funcionario público viene propiciada por la trasposición de la Directiva (UE) 2017/1371 cuya finalidad es luchar contra el fraude a los intereses financieros de la Unión Europea. La Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, en coherencia con las obligaciones impuestas por la Directiva PIF modifica el CP para alcanzar una regulación armonizada de los fraudes a los intereses financieros de la UE, especialmente, respecto los relacionados con los gastos en la contratación pública.

En este punto, la LO 1/2019 introduce dos novedades importantes. Por un lado, amplia el círculo de sujetos descritos en el art. 427, incorporando un ulterior supuesto (letra d): “*cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los*

Estados miembros o con terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses". La segunda, proyectando la aplicabilidad del art. 427 al delito de tráfico de influencias al incluir este la regla que "a los efectos de este capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por los artículos 24 y 427" (art. 431). Idéntica asimilación y con la misma fórmula se realiza respecto al delito de malversación de caudales públicos en el art. 435 bis.

De este modo, y en una primera lectura, los arts. 431 y 435 bis del Código penal español asimilan a los funcionarios públicos y autoridades españolas al círculo de sujetos descritos en el art. 427 a los efectos de todos los tipos penales de cohecho pasivo (arts. 419 y siguientes CP), corrupción en transacciones económicas transnacionales (286 ter) pero también de tráfico de influencias de funcionario o autoridad (art. 428 CP) y de malversación de caudales (art. 435 bis CP). Siendo así, que, la ley penal española además de sancionar las conductas descritas en el art. 4.2 de la Directiva (UE) 2017/1371, también condena otras, independientemente de que la finalidad de la corrupción (la actuación solicitada del funcionario o autoridad), del tráfico de influencias (la resolución dictada por el funcionario público influido por las conductas de prevalimiento que genere directa o indirectamente un beneficio económico) o de malversación cause o no un perjuicio a los intereses financieros de la UE.

No obstante, también hay opiniones discrepantes, como la sostenida por García Albero, para quien esta lectura no es acertada y considera que solo se ha extendido la condición de sujeto activo de malversación de caudales asimilándolo a la condición de funcionario a las personas (físicas o jurídicas) que estén ejerciendo una función de servicio público que suponga gestión de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses. Opinión restrictiva, que por cuestiones sistemáticas también, deberá estar referida con los mismos efectos a los delitos de cohecho pasivo y tráfico de influencias.

Por último, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa lucha contra la corrupción del 3 de mayo 2023 por la que se modifican entre otras disposiciones la Directiva 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, en su Considerando 9 se establece que para evitar la impunidad de las infracciones penales de corrupción en el sector público, el ámbito de aplicación debe estar bien delimitado. Entre otras personas que debe abarcar la noción de funcionario público, señala que, a los efectos de la presente Propuesta de Directiva, la definición debe abarcar asimismo a las personas que trabajen en empresas

estatales o controladas por el Estado y en fundaciones de administración de activos y empresas de propiedad privada que desempeñen funciones de servicio público, así como a las personas jurídicas creadas o mantenidas por ellas.

6. Condicionalidad presupuestaria y lucha contra la corrupción en el sector público: la “nueva generación” de cumplimiento normativo en Europa¹

ANNA VILÀ CUÑAT

Becaria de investigación La Caixa INPhINIT Retaining
Universidad de Castilla-La Mancha

En medio de la crisis económica provocada por la pandemia del Covid-19, las instituciones europeas tomaron la iniciativa de vincular el Marco Financiero Plurianual (2021-2027) con el Plan de recuperación para Europa. Aprobados el 21 de julio de 2020 por el Consejo Europeo², los Fondos *Next Generation EU* (NGUE) fueron distribuidos principalmente a través del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, con un presupuesto de 750.000 millones de euros estructurados en préstamos y, de manera inédita, en ayudas no reembolsables³.

En diciembre de ese mismo año se aprobó el Reglamento que establece un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión⁴. Este Reglamento introduce un mecanismo que permite condicionar el acceso a la financiación de la Unión Europea al respeto de los principios del Estado de Derecho por parte de los Estados miembros.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: VILÀ CUÑAT, A., “Las deficiencias de la democracia representativa europea. El déficit fundamental de la representación política en la Unión Europea: su dependencia nacional”, *Quaderns IEE: Revista de l’Institut d’Estudis Europeus*, Vol. 2 (nº2), 2023.

² Conclusiones del Consejo Europeo, 17 a 21 de julio de 2020 (EUCO 10/20).

³ Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

⁴ Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 2020 sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión.

El mecanismo está vinculado con la prevención de la corrupción, ya que permite suspender el pago de fondos europeos cuando se producen vulneraciones de los principios del Estado de derecho que afecten o amenacen con afectar a la correcta gestión financiera del presupuesto de la Unión o a sus intereses financieros. Esto abarca, por ejemplo, al buen funcionamiento de las autoridades encargadas de ejecutar el presupuesto de la Unión, especialmente en procedimientos de contratación pública o de concesión de subvenciones⁵, así como a la prevención y la sanción del fraude, incluyendo el fraude fiscal, la corrupción u otras infracciones del Derecho de la Unión relacionadas con la ejecución del presupuesto de la Unión o a la protección de los intereses financieros de la Unión⁶.

Conscientes de que este mecanismo complementará a otros instrumentos preexistentes para la prevención de la corrupción en el sector público, como los planes de *compliance* penal, en este estudio los ponemos en relación para destacar que el cumplimiento normativo relacionado con las exigencias del Estado de derecho prescrito por la condicionalidad presenta unas características únicas en comparación con los anteriores.

De esta manera, bajo el pretexto financiero, la Unión Europea ha diseñado un mecanismo innovador que, pretendiendo garantizar el respeto de los valores que la sustentan, le permite no solo decidir el destino de los fondos NGUE de acuerdo con sus propios objetivos⁷, sino también influir de manera estructural o sistémica en la organización y el funcionamiento de las autoridades públicas de los Estados miembros que los ejecutan. Este enfoque cambia el paradigma del cumplimiento normativo en el ámbito de las finanzas públicas y, a nuestro juicio, supera en amplitud y alcance a los incentivos de cumplimiento penal, incluidos aquellos que se apliquen al sector público empresarial.

Las consecuencias de estas medidas no pueden pasar desapercibidas para las autoridades públicas de los Estados miembros, ya que, como ha demostrado su reciente aplicación en Hungría, el mecanismo empleado para combatir la corrupción dentro de sus sistemas. Finalmente, con un potencial para extenderse a múltiples sectores, la condicionalidad financiera muestra una tendencia a ejercer una *influencia estructural* altamente intrusiva, lo que podría suscitar preocupaciones en términos de garantías.

⁵ Artículo 3, apartado 2 a), del Reglamento 2020/2092.

⁶ Artículo 3, apartado 2 e), del Reglamento 2020/20923.

⁷ Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021 por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia.

PARTE II

LA RESPONSABILIDAD

PENAL DE LAS

EMPRESAS PÚBLICAS

1. La responsabilidad penal de las asociaciones de municipios¹

FERMÍN MORALES PRATS

Catedrático de Derecho Penal
Universitat Autònoma de Barcelona
Socio Director de Morales Abogados Penalistas

Al abordar la responsabilidad penal de las empresas públicas, se suscita la problemática de aquellas entidades que tienen un encaje híbrido entre lo público y lo privado. Se trata de entidades que tampoco pueden ser calificadas con simpleza como empresas públicas.

Me refiero a entidades y asociaciones de municipios que operan en España como expresión del asociacionismo municipal. La configuración jurídica de estas entidades es singular. Nunca han sido reconocidas ni encuadradas en el seno de las Administraciones públicas. Su estatuto es de derecho privado con todas las consecuencias que derivan de tal calificación; no obstante, lo anterior se nutren de cuotas de los ayuntamientos que manejan fondos públicos.

En el debate jurídico se ha suscitado la naturaleza de estos fondos una vez han nutrido la entidad o asociación municipal y se han sumergido en el régimen de derecho privado antes mencionado.

Hasta la fecha contamos con el pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona que de manera directa ha afrontado la cuestión. En

¹ Sobre este tema, del mismo autor: MORALES PRATS, F., "La reforma de 2015: de nuevo sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 39, 2015; MORALES PRATS, F. "La utopía garantidilla del Derecho Penal en la nueva Edad Media", Barcelona, 2015; MORALES PRATS, F., "La administración desleal incertidumbre en torno a los límites de incriminación", *Revista de derecho y proceso penal*, núm. 47, 2017; MORALES PRATS, F., "Responsabilidad penal de las perdonas jurídicas ", Manual de litigación penal, Cugat Mauri/ Baucells Lladós (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022; MORALES PRATS/ RODRÍGUEZ PUERTA, "Título XIX. Delitos contra la Administración pública", en Quintero Olivares (dir.), Morales Prats (coord.), *Comentarios al Código penal español*, 8^a ed., Aranzadi, 2024.

particular, el Auto de 12 de marzo de 2015, núm 239/2015 de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 3^a) ha declarado que, a efectos de responsabilidad penal, conceptualmente, esos fondos no pueden ser encuadrados estrictamente en el concepto de fondos públicos que nutren típicamente los delitos de malversación de caudales. De este modo en la resolución de la Audiencia Provincial se infiere que el régimen de responsabilidad penal en dichas entidades o asociaciones deberá transitar por el sendero de los delitos de administración desleal o apropiación indebida.

Al margen de todo lo anterior queda fuera de toda duda que las federaciones o asociaciones de municipios ostentan potencialmente responsabilidad penal como personas jurídicas conforme a los artículos 31bis y siguientes del código penal.

2. Límites a la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas¹

ANTONI CARDONA BARBER

*Profesor Lector de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

Dentro del marco de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y, según se dispone en el art. 31 quinquies del CP, de entre todas las instituciones que operan en el Sector público empresarial, solamente las Sociedades mercantiles públicas pueden tener algún tipo de responsabilidad penal.

De todos modos, hasta el año 2015, los delitos cometidos dentro de las mercantiles públicas que “ejecutasesen políticas públicas” o “realizasen servicios económicos de interés general”, sólo podían generar responsabilidad penal para las personas físicas que los hubieran cometido. Pero, a partir de la última reforma operada en el art. 31 quinquies del CP, se ha eliminado esta limitación, sometiéndose ahora a todas las mercantiles públicas a la amenaza penal (si bien las que ejecuten políticas públicas o servicios económicos de interés general solamente podrán responder con las penas de multa o su intervención judicial).

Además, obviamente, la responsabilidad penal de las mercantiles públicas necesitará la concurrencia de todos los elementos generales previstos en el art. 31 bis del CP, a saber: (1) la comisión de un delito por parte (i) de sus representantes legales; o, (ii) de las personas físicas que, actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica,

¹ Sobre este tema, del mismo autor: CARDONA BARBER, A., “La responsabilitat penal de les societats mercantils públiques”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, 2021; CARDONA BARBER, A., “La responsabilidad penal de los gestores del sector público empresarial”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 37, 2022; CARDONA BARBER, A., “Las potestades públicas como criterio delimitador de responsabilidad penal en las sociedades mercantiles públicas”, *Revista de Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa); CARDONA BARBER, A., “Los presupuestos de responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas”, Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

están autorizados para tomar decisiones en nombre de la empresa; o, (iii) por sus trabajadores cuando estos hayan podido realizar los hechos delictivos porque se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión de su actividad; (2) que el delito se haya cometido en beneficio directo o indirecto de la sociedad; y, (3) que el delito realizado sea uno de los que concretamente pueden generar responsabilidad penal a la empresa, según el sistema del “*numerus clausus*” decidido por el legislador.

Incluso, a mayor abundamiento, también deberá atenderse a lo dispuesto en el último inciso del primer apartado del art. 31 quinquies del CP, donde, encontramos un criterio de exclusión de la responsabilidad penal para “algunas” Sociedades mercantiles públicas. En concreto, en el primer párrafo del artículo 31 quinquies del CP “*in fine*” parece apuntarse que tampoco podrá castigarse penalmente a aquellas entidades del sector público (y las mercantiles públicas lo son) que ejerzan potestades públicas.

Pues bien, resulta que en el art. 113 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, se permite (de forma excepcional, pero posible), que las Sociedades mercantiles públicas puedan ejercer potestades públicas. Por ello, partiendo de una interpretación literal del precepto, y, completada con una interpretación teleológica, a la luz del sentido de la proscripción de la sanción penal de los entes del sector público, cuando una Sociedad mercantil pública tenga la capacidad de ejercer potestades públicas, su sanción penal también debería descartarse.

3. Especificidades de las compliance aplicables al sector público empresarial¹

RAQUEL MONTANER FERNÁNDEZ

*Profesora agregada de Derecho penal.
Universitat Pompeu Fabra.*

Desde una perspectiva global, puede decirse que el ámbito subjetivo del compliance son las organizaciones empresariales. De hecho, así se dispone en las diferentes normas técnicas al uso. En este sentido, el compliance como técnica de gestión de riesgos sería susceptible de aplicación tanto en el marco de las organizaciones empresariales privadas como en las públicas. Sin embargo, y desde una aproximación penal al mundo del compliance, es inevitable tener en cuenta que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas (vid. art. 31 bis ss CP) y, de especial relevancia, las condiciones y requisitos para su exoneración, se discuten a propósito de las personas jurídicas de naturaleza privada -y, principalmente, respecto de las sociedades mercantiles-. En efecto, son esta clase de organizaciones las que pueden ser sujetos destinatarios de responsabilidad penal y, de ahí, son en las que se hace más evidente el incentivo de adoptar y ejecutar un compliance adecuado. Ahora bien, esto no significa que el compliance sea una disciplina exclusiva del sector empresarial privado.

Y es que la existencia de riesgos de incumplimiento y de riesgos de incumplimiento penal no es, desde luego, algo que exista solamente en las organizaciones empresariales de naturaleza privada. También en las distintas administraciones públicas, organismos y sociedades mercantiles públicas

¹ Sobre este tema, de la misma autora: MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, en SUBIRANA DE LA CRUZ/FORTUNY CENDRA, *Compliance en el sector público*, Aranzadi, 2020; MONTANER FERNÁNDEZ, R. “¿El compliance como termómetro de la diligencia penalmente exigible a las empresas?”, *LA LEY Compliance Penal*, 2020; MONTANER FERNÁNDEZ, R. “¿Otro elemento para resolver la ecuación de un compliance eficaz?: Sobre la certificación de los programas de cumplimiento, *La ley. Compliance penal*, núm. 5, 2021; MONTANER FERNÁNDEZ, R., “Entrevista al Dr. Xavier Forcadell i Esteller, Jefe del Gabinete de Innovación Digital de la Diputació de Barcelona”, *Diario La ley*, 21-3-2024.

existen riesgos de incumplimiento vinculados con la actividad que desarrollan las personas que las integran e, incluso, vinculados con la propia configuración estructural del organismo u organización. A partir de aquí, e inicialmente a propósito de los riesgos vinculados con la corrupción en sentido amplio, empieza a plantearse el recorrido del denominado public compliance.

A mi modo de ver, no se trata de analizar de qué manera podemos “importar” o “trasladar” las medidas del compliance privado al sector público. Lo verdaderamente importante es analizar y llegar a entender cuáles son los rasgos orgánicos y organizativos de una estructura pública y empresarial. A estos efectos, una de las especificidades del public compliance es que cuando nos preguntemos acerca de cuál es el organigrama de, por ejemplo, una sociedad mercantil pública, no nos podemos ceñir al específico esqueleto de la sociedad, sino que necesitamos una fotografía mucho más amplia en la que también se ponga de manifiesto cuáles son las administraciones públicas (estatales, autonómicas o locales) que hay detrás. Haciendo un símil con el sector privado, se trataría de asimilarlas con un grupo de empresas. Con base en ello, y tras identificar cuáles son los riesgos de incumplimiento que afectan a esa organización, las medidas de prevención aplicables no tienen por qué ser muy distintas a aquellas que se aplican en el sector privado, cuando menos no respecto de su naturaleza.

4. Responsabilità da reato e prevenzione della corruzione: l'esperienza italiana nelle società in controllo e a partecipazione pubblica¹

ANTONIO GULLO

Catedrático de Derecho penal

Università Luiss Guido Carli de Roma

L'intervento ha ad oggetto l'esperienza italiana in punto di applicazione delle normative sulla responsabilità da reato degli enti e sulla prevenzione della corruzione nelle società in controllo e a partecipazione pubblica.

Si tratta di un tema di primario interesse anche in una prospettiva comparata, dal momento che, in questo ambito, l'esperienza italiana rappresenta un esempio paradigmatico di quel rapporto osmotico tra pubblico e privato che costituisce ormai, in diversi ordinamenti, la vera cifra dei sistemi normativi anticorruzione.

Nella prima parte viene descritto brevemente l'assetto regolamentare sul punto in vigore in Italia; nella seconda, vengono menzionate alcune recenti evoluzioni del sistema di prevenzione della corruzione in ambito pubblico nel nostro Paese, per ciò che riguarda, in particolare, le metodologie operative di gestione della *compliance* e del rischio corruttivo, da cui sembra possibile trarre significative indicazioni e spunti utili anche per il

¹ Sobre este tema, del mismo autor: GULLO, A., “*Il contrasto alla corruzione tra responsabilità della persona fisica e responsabilità dell'ente: brevi note*”, in A.R. Castaldo (a cura di), *Il patto per la legalità: politiche di sicurezza e di integrazione*, Wolters Kluwer, Assago-Cedam, Padova, 2017; GULLO, A., “I modelli organizzativi”, “I reati contro la pubblica amministrazione e a tutela dell'attività giudiziaria”, in G. Lattanzi, P. Severino (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti*, Vol. 1, *Diritto sostanziale*, Giappichelli, Torino, 2020; GULLO A., *Compliance, Archivio penale*, 29 aprile 2023; GULLO, A., *Responsabilità da reato e prevenzione della corruzione: l'esperienza italiana nelle società in controllo e a partecipazione pubblica*, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana*, *Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

settore privato. In entrambi i casi, si pongono in luce i principali punti di forza e alcuni rischi connessi alle scelte operate in questo settore dal legislatore italiano.

Tramite questa disamina, si evidenzia come, in questo settore, l'esperienza italiana costituisca un interessante laboratorio di sperimentazione di sistemi e modelli di *compliance* ibridi, integrati, dalla doppia anima (pubblica e privata), in cui si cerca di far convivere e coesistere due normative – il decreto legislativo n. 231 del 2001 sulla responsabilità da reato degli enti e la legge n. 190 del 2012 sulla prevenzione della corruzione nel settore pubblico – che, pur in presenza di alcune analogie, hanno *ratio* e obiettivi talvolta anche significativamente differenti.

Si rimarca altresì come alcune recenti innovazioni nella normativa sulla *compliance* anticorruzione pubblica italiana possano rappresentare, non solo sul piano nazionale, un potenziale modello di riferimento anche per il settore privato, in cui le metodiche della *corporate compliance* sono penetrate in sempre più numerosi settori di disciplina (responsabilità da reato degli enti, privacy, ambiente, sicurezza del lavoro, etc.).

5. Le sanzioni della 231 per gli enti pubblici economici¹

VALERIA TORRE

Catedrática de Derecho penal (acr.)

Università di Foggia

Il modello di “prevenzione mediante organizzazione” appare quello più idoneo a fronteggiare forme di criminalità corporativa e della e nella PA. Anche le sanzioni dovrebbero ispirarsi a tale nuova strategia, assumendo finalità organizzative, prescrittive e di tipo riparatorio, come previsto nell’ordinamento spagnolo. La 231/2001 è costituito, invece, da strumenti repressivi tradizionali, che tradiscono l’ambizione cooperativa e proattiva del nuovo approccio regolativo, senza una disciplina differenziata tra enti privati e enti pubblici economici, assoggettati alla medesima risposta sanzionatoria. Ciò denota una miopia legislativa che trascura le peculiarità e le esigenze di governo del sistema economico e di gestione dei servizi pubblici, attuato proprio tramite società controllate o partecipate da enti pubblici.

La rilevanza di alcune attività a livello economico e sociale e l’importanza strategica di alcuni settori hanno portato nel secolo scorso a scelte di politica economica orientate prima alla nazionalizzazione delle imprese, poi, nell’era della privatizzazione, all’istituzione di società a controllo pubblico o partecipazione pubblica, attraverso una pluralità di modelli di impresa pubblica abbastanza differenziato. In questo intervento si vuol evidenziare

¹ Sobre este tema, de la misma autora: TORRE, V., *La “privatizzazione” delle fonti di diritto penale. Un’analisi comparata sui modelli di responsabilità penale nell’esercizio dell’attività di impresa*, Bologna, Bononia University Press, 2013; TORRE, V., “Organizzazioni complesse e reati colposi (voce)”, Donini (a cura di), *Il reato colposo, Enciclopedia del diritto – I tematici*, Giuffrè, 2021; TORRE, V., “Compliance penale e normativa tecnica”, *Arch.pen.*, febbraio 2022; TORRE, V., “La struttura soggettiva della fattispecie. La colpa”, Cadoppi, Canestrari, Manna, Papa (dir.), *Diritto penale*, Utet, 2022; TORRE, V., *La capacità di pena della persona giuridica*, Pacini giuridica, 2023; TORRE, V., Il modello di organizzazione e gestione in materia di sicurezza sul lavoro, in *Le fonti del diritto*, Previdenza. Assistenza. Sicurezza sul lavoro, G. Amoroso, V. Di Cerbo, A. Maresca, (a cura di), Milano, Giuffrè, 2024.

come, per la sua caratura repressiva, l'apparato sanzionatorio della corporation comprometta l'esercizio stesso dell'attività degli enti pubblici economici, recando nocimento all'intera collettività.

Gli enti pubblici economici sono caratterizzati da una natura ibrida e, quindi, per alcuni versi sono attratti dalla dinamica preventiva che obbliga la PA ad adottare una serie di misure di contenimento della maladministration e della corruzione, ma allo stesso tempo sono destinatari della disciplina 231. Obblighi ed oneri quindi duplicati, che pregiudicano l'efficienza della stessa attività produttiva.

Focalizzando l'attenzione sulle sanzioni corporative si può verificare come la sanzione dell'interdizione temporanea dell'attività, con lo scopo di interrompere materialmente l'attività produttiva per evitare la reiterazione del reato, causa l'interruzione di un servizio pubblico. Medesime considerazioni possono essere svolte rispetto alla revoca di concessioni, autorizzazioni o licenze o il divieto di contrattare con la PA. È pur vero che l'art. 15 del d.lgs. 231 consente di sostituire la sanzione interdittiva con il commissariamento, ma è una scelta discrezionale del giudice e comunque la sanzione sostitutiva del commissariamento prevede, inspiegabilmente, la confisca del profitto derivato dalla prosecuzione dell'attività, svelando così la sua componente afflittiva. Più in generale le sanzioni interdittive mirano alla neutralizzazione della pericolosità della persona giuridica e costituiscono una reazione all'illecito dal carattere chiaramente repressivo. È pleonastico anche interrogarsi sulla compatibilità di tale approccio rispetto ad enti pubblici economici: l'effetto overspill travolge non singole categorie di stakeholder, ma l'intera collettività.

Anche rispetto alla confisca emergono profili problematici: la confisca ha ad oggetto il prezzo o il profitto e può essere disposta anche per equivalente. Prendiamo ad esempio le società in house con capitale totalmente pubblico. La confisca cadrebbe su beni in realtà appartenenti a terzi, violando chiaramente il principio di personalità della pena. Pur ritenendo che la confisca non sia una pena in senso stretto, ma una misura perequativa e riequilibratrice, sottratta alle garanzie fondamentali previste per la materia penale, al di là della sua controversa classificazione e della c.d. funzione di zeoring, vi è il rischio di una reazione iper-punitiva, esiziale per l'ente pubblico economico che, pur essendo una realtà imprenditoriale, non gode di quella elasticità gestoria proprio delle corporation, avendo quindi maggior difficoltà nel ripristinare quel patrimonio sociale compromesso dalle sanzioni pecuniarie 231. Quali soluzioni?

- a) Si potrebbe ritenere che laddove i dipendenti e gli amministratori delle società pubbliche assumano una qualifica pubblicistica, l'ente pubblico economico venga assimilato alla PA e quindi sottratto alla disciplina 231. Questa interpretazione tuttavia non tiene conto del fatto che in Spagna come in Italia non è possibile in base alla qualifica pubblicistica dei soggetti interni alla società assimilare l'ente pubblico economico alla PA
- b) Riconoscere una maggiore discrezionalità interpretativa nella misurazione sanzionatoria. Simile ampliamento della discrezionalità interpretativa costituisce una grave minaccia allo stato di diritto, uno sbilanciamento che compromette l'equilibrio tra poteri dello stato. Infine se l'ente pubblico economico non necessita di una punizione, tuttavia potrebbe aver bisogno di interventi di "bonifica", pertanto sarebbe opportuno prevedere legislativamente strumenti che siano in grado di orientare verso la legalità l'ente pubblico economico.
- c) La riforma legislativa allora sembra l'unica strada percorribile per preservare gli interessi collettivi e i servizi che l'ente pubblico svolge. Lo scopo è quello attraverso la sanzione eventualmente di "bonificare" l'ente (ad esempio con il commissariamento o l'amministrazione giudiziale) e riparare il danno anche simbolico attraverso interventi ri-organizzativi e prescrizioni specifiche, a beneficio della collettività, vera parte offesa di qualsiasi fenomeno corruttivo.

6. Autonomia della responsabilità punitiva degli enti e corruzione pubblica¹

VICO VALENTINI

*Catedrático de Derecho penal (acr.)
Università degli Studi di Perugia*

6.1. IN PREMESSA: LA FISIONOMIA IN ACTION DELLA RESPONSABILITÀ DA REATO DEGLI ENTI COLLETTIVI

Il trend interpretativo – giurisprudenziale e, in parte, dottrinale – che si va consolidando in Italia va nel senso della *autonomizzazione* del modello punitivo collettivo dal modello penale individuale, nel segno del superamento del tradizionale approccio antropocentrico – fondato sul rapporto di immedesimazione organica, la logica vicariale e lo schema del concorso di persone – alla responsabilità da reato delle persone giuridiche².

In particolare, tale tesi ermeneutica (*i*) enfatizza i tratti differenziali che intercorrono fra l'illecito punitivo ascrivibile agli enti e l'illecito penale addebitabile al personale aziendale, ed (*ii*) emancipa la responsabilità

¹ Sobre este tema, del mismo autor: VALENTINI, V., “La controriforma del sistema penale anticorrupción. Uno sguardo critico-costruttivo alla legge n. 69/2015”, in A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa (cur.), *Trattato di diritto penale. Parte generale e speciale. Riforme 2008-2015*, Utet, Torino, 2015; V. VALENTINI, “Colpa di organizzazione e misure di compliance”, C. FIORIO (cur.), *La prova nel processo agli enti*, Giappichelli, Torino, 2016; VALENTINI, V., “Abuso d’ufficio e fast law ANAC. Antichi percorsi punitivi per nuovi programmi Preventivi”, *Archivio penale*, PUP, Pisa, núm. 3, 2018; VALENTINI, V., “L’autonomia della responsabilità degli enti: avanguardismi e performances”, *Criminalia*, ETS, Pisa, 2019; VALENTINI, V., “Burocrazia difensiva e restyling dell’abuso d’ufficio”, *La Giustizia Penale*, Roma, 2020; VALENTINI, V., “La difesa dall’abuso d’ufficio. Ancora un ritaglio selettivo ex lege 120/2020”, *disCrimen* (www.discrimen.it), 2.2.2021; VALENTINI, V., “Autonomía de la responsabilidad (casi-)penal de las personas jurídicas y compliance anticorrupción: la lección del sector público”, *Revista penal*, núm. 54, 2024.

² Disciplinata dal d. lgs. 231/2001, più volte ritoccato nel corso degli anni.

per il reato (delle persone fisiche) dalla responsabilità dipendente dal reato (delle persone giuridiche). E così,

(i) l'illecito punitivo societario sarebbe un'entità diversa, per indole e struttura, dal reato dell'organo-persona fisica: rivelando una natura non autenticamente penale³ – come confermato anche dalla S.C.⁴ – ed esibendo una fisionomia strutturale eterogenea e più complessa di quella dell'illecito penale individuale⁵. Il che, all'evidenza, impedisce d'inquadrare la relazione fra l'ente accusato e l'autore del reato-presupposto nello schema coautoriale: se lo ‘se l'illecito quasi-penale ex d.lgs 231/2001’ non coincide col reato commesso dall'esponente aziendale – ma, appunto, è un *quid* di distinto e autonomo – va da sé che la persona giuridica e la persona fisica non possano qualificarsi correi⁶;

³ Come dimostrano molteplici aspetti disciplinari, quali ad es. il carattere sostanzialmente discrezionale della scelta di procedere contro l'ente – laddove l'esercizio dell'azione penale resta obbligatorio per le persone fisiche; la regola della ‘responsabilità transitiva’ nel caso di trasformazione-estinzione dell'ente originalmente accusato (art. 42 d.lgs. 231/2001); la peculiare disciplina delle cause di estinzione (Cass., VI, 10.11.2015, n. 28299, B.; Cass., II, 9.2.2016, n. 52316, R.; Cass., VI, 18.4.2023, n. 25764, P.G. Riccardi); ultimo ma non ultimo, l'inversione dell'onere della prova nel caso di reato-presupposto commesso dagli apicali: in tal caso, infatti, è la società accusata a dovere dimostrare – per di più pienamente: *in dubio contra reum* – di essersi adeguatamente ed efficacemente organizzata contro il rischio-reato (art. 6 d. lgs. 231/2001).

⁴ Cass., Sez. Un., 24.4.2014, n. 38343, E., § 62, secondo cui il d. lgs. 231/2001 disegna «un *corpus* normativo di peculiare impronta, un *tertium genus*» che si iscrive nel «più ampio e variegato sistema punitivo», e che presenta «evidenti ragioni di contiguità con l'ordinamento penale, per via [...] della connessione con la commissione di un reato [...], della severità dell'apparato sanzionatorio, delle modalità processuali del suo accertamento».

⁵ Corte cost., n. 208/2014, § 2.2, secondo cui «l'illecito ascrivibile all'ente costituisce[e] una fattispecie complessa e non si identifica[a] con il reato commesso dalla persona fisica [...] il quale è solo uno degli elementi che formano l'illecito da cui deriva la responsabilità» *de societate*; v. anche TJUE, II, 12.7.2012, G., C-79/11, §§ 47 ss.

⁶ V. ancora Corte cost., n. 208/2014, § 2.2. Ed è proprio valorizzando tale diversità-autonomia strutturale che la giurisprudenza nega la possibilità di costituirsì parte civile – *id est*, di esercitare l'azione di danno nel processo penale – contro l'ente accusato: perché tale azione, nel sistema italiano, è testualmente ammessa solo per reclamare i danni *da reato*, e non anche quelli generati da un *qua-si-reato*: Cass., VI, 5.10.2010, n. 1437, V.; Cass., Sez. Un., 30.1.2014, n. 10561, G.; Cass., IV, 17.10.2014, n. 3786, L.C.; Cass., IV, 6.6.2023, n. 30175, P. Per le stesse ragioni, poi, l'ente accusato potrà agire quale parte civile contro l'autore del

*ii) la responsabilità (punitiva) *de societate* e la responsabilità (penale) dell'autore del reato-presupposto sono congegni ascrittivi sì strettamente connessi⁷, ma, al contempo, reciprocamente autonomi: nel senso che l'ente può e deve essere sanzionato *anche in certi casi* in cui l'esponente aziendale deve essere prosciolto. Il principio-regola che conduce a quest'epilogo è scolpito dall'art. 8, co. 1, lett. a) d. lgs. 231/2001: «[l]a responsabilità dell'ente sussiste anche quando l'autore del reato non è stato identificato o non è imputabile», anche quando, cioè, l'autore-esponente aziendale è per definizione incapace di colpevolezza penale (non imputabile), oppure è impossibile verificarne l'atteggiamento psico-motivazionale al momento della condotta (non identificato). Ebbene, nel dettare simile prescrizione, il legislatore ha – implicitamente ma inequivocabilmente – lasciato intendere che la ‘responsabilità 231’ si appaga di un illecito *senza autore colpevole*: di un fatto conforme al tipo e antigiuridico, insomma, depurato delle sue ‘componenti soggettive’⁸. Detto altrimenti: lo ‘arsenale sanzionatorio 231’ si disinteressa delle finalità e dei coefficienti soggettivi che hanno accompagnato la realizzazione del fatto-presupposto, accontentandosi di un illecito oggettivo-impersonale (*Unrecht*) ‘vantaggioso’ per la società e agevolato da un deficit organizzativo. Tale lettura ‘autonomista’, affrancando la colpevolezza individuale dalla responsabilità collettiva, genera significative ricadute sistematiche⁹, amplia lo spettro applicativo del d. lgs. 231/2001 e impatta sul piano processuale: aprendo alla possibilità che l’intraneo aziendale venga assolto ‘perché il fatto non costituisce reato’¹⁰, senza che ciò*

reato-presupposto: se illecito punitivo collettivo e illecito penale individuale sono grandezze diverse ed eterogenee, infatti, ben potrebbe accadere che l'ente reclami i danni patiti in conseguenza del *reato* commesso dal suo esponente aziendale, e che, al contempo, sia chiamato a rispondere del *quasi-reato* previsto dal d. lgs. 231/2001.

⁷ Il reato-presupposto costituendo il tassello basico-esistenziale dello ‘illecito 231’.

⁸ Cass., VI, 10.11.2015, n. 28299, B., § 9.3.: «quando si parla di autonomia ciò che deve precedere, in via pregiudiziale, l'accertamento della responsabilità dell'ente è sì il reato, ma inteso come tipicità del fatto, accompagnato dalla sua antigiuridicità oggettiva, *con esclusione della sua dimensione psicologica*» [enfasi nostre].

⁹ Sollecitando una declinazione in chiave oggettiva del concetto di ‘interesse dell’ente’, e sostanzialmente neutralizzando il requisito della ‘elusione fraudolenta’ dei modelli organizzativi *ex art. 6 d. lgs. 231/2001*: Cass., II, 5.10.2017, n. 295, T.

¹⁰ Perché soggettivamente atipico o del tutto incolpevole. Chiaro che, in questa cornice concettuale, anche la presenza di cause di non punibilità in senso stretto non precluderà la punizione dell’ente collettivo: Cass., III, 17.11.2017, n. 9072, F.

implichi necessariamente l'impunità della *societas* in cui è incardinato, là dove risulti ch'essa ha facilitato – *rectius*, non osteggiato – la commissione di un illecito (oggettivo e) oggettivamente coerente con l'interesse sociale. Non solo. In un'ipotesi estrema e davvero contro-intuitiva, l'ente collettivo potrebbe essere colpito anche qualora l'esponente aziendale sia – non solo 'non punibile', ma – la vittima del reato.

6.1.1. La sopraffazione che vittimizza (l'esponente aziendale) e avvantaggia (l'ente)

Nel diritto giurisprudenziale, è oramai pacifico che un fatto di «concussione» – una sorta di estorsione del pubblico funzionario¹¹ – ricorre quando l'agente pubblico minaccia mali antigiuridici, ossia prospetta l'adozione di un atto d'ufficio formalmente e sostanzialmente illegittimo; in tal caso – sempre secondo la giurisprudenza – chi cede al pressing del funzionario e dà/promette denaro o altra utilità va considerato vittima di prevaricazione, giacché ha agito *con la finalità* di evitare danni *contra ius*¹².

Agli effetti della responsabilità penale individuale, dunque, assumono un peso decisivo finalità, scopi e moventi interiori: i quali però, come anticipato (§ 1), sono irrilevanti agli effetti della responsabilità *de societate*.

Per ciò, diventa anche immaginabile una prevaricazione che vittimizza l'intraneo aziendale, ma che, allo stesso tempo, produce vantaggi per l'ente di cui fa parte quell'intraneo.

Poniamo che un ente privato, o un ente controllato/partecipato dallo Stato, intenda partecipare a un appalto pubblico; e poniamo che il presidente della commissione aggiudicatrice prospetti al dirigente dell'ente-competitore la seguente alternativa: «se non mi dai 50.000 euro, ti escluderò dalla gara anche se formulerai la migliore offerta (male antigiuridico); se però mi dai il denaro che ti ho chiesto, ti aggiudicherai *de plano* l'appalto (vantaggio

¹¹ Art. 317 c.p. – «Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, abusando della sua qualità o dei suoi poteri, costringe taluno a dare o a promettere indebitamente, a lui o a un terzo, denaro o altra utilità, è punito con la reclusione da sei a dodici anni».

¹² Ossia con uno scopo difensivistico (*certat de damno vitando*); viceversa, qualora l'interlocutore del pubblico agente dia/prometta al fine di ottenere vantaggi indebiti (*certat de lucro captando*), andrebbe ritenuto (co-)responsabile a titolo di induzione indebita (art. 319-quater c.p.) o corruzione (artt. 318, 319, 321 c.p.): Cass., Sez. Un., 24.10.2013, n. 12228, M.

indebito)». Orbene, se il nostro dirigente cedesse alla pressione con la *finezza* di scongiurare l'illegittima esclusione dalla gara, assumerebbe le vesti di vittima del reato e, pertanto, non sarebbe punito; la società in cui è inserito, però, essendo stata illegittimamente e *obiettivamente* avvantaggiata a scapito degli altri competitori, potrebbe essere sanzionata qualora non si fosse adeguatamente ed efficacemente attrezzata contro il rischio di simili dazioni indebite. Per la persona giuridica, insomma, la vera partita si gioca sul piano dei contenuti oggettivamente apprezzabili (vantaggiosi, ‘neutri’ o svantaggiosi) dell’atto/attività prospettati dal decisore pubblico.

6.2. MALADMINISTRATION, CORRUZIONE PENALE E OLTRE: LO STATO ATTUALE DELLA COMPLIANCE AZIENDALE

La *compliance* anticorruzione si colloca in questo quadro generale; e, sul tema, l’esperienza italiana regala spunti che trascendono gli illeciti corruttivi: un approccio al *risk management*, cioè, valido e performante anche per minimizzare gli altri rischi-reato.

Mi riferisco ai Piani Triennali Anticorruzione (PTPCT), strutturati sulla falsariga del Piano Nazionale (PNA): modelli organizzativi che gli enti pubblici – inclusi quelli economici, le società commerciali soggette a controllo pubblico e le società *in house* – sono tenuti ad adottare¹³, e che mirano a contenere il rischio-*maladministration* (o rischio-corruzione in senso amministrativo).

Il punto è interessante e merita attenzione.

Il concetto di *maladministration* include e supera i delitti di corruzione e, più in generale, i reati contro la Pubblica Amministrazione, abbracciando qualsiasi decisione-atto-attività che, deviando dalla cura dell’interesse generale, possa compromettere la percezione di imparzialità dei decisori pubblici¹⁴.

¹³ Determinazione ANAC 17.6.2015, n. 8, § 2.1.1; Determinazione ANAC 8.11.2017, n. 1134, § 3.1.1.

¹⁴ Determinazione ANAC 28.10.2015, n. 12, § 2.1, ove si legge che la nozione di *maladministration* è «più ampia dello specifico reato di corruzione e del complesso dei reati contro la pubblica amministrazione, [includendo la] assunzione di decisioni [...] devianti dalla cura dell’interesse generale a causa del condizionamento improprio da parte di interessi particolari. Occorre [...] avere riguardo ad atti e comportamenti che, anche se non consistenti in specifici reati, contrastano con

In estrema sintesi: qualsiasi decisione adottata in una situazione di conflitto di interessi effettivo-attuale, potenziale o solo apparente.

Ora, questa nozione decisamente lata di corruzione ha finito per impattare sull'attività di *compliance*, determinandone l'*arretramento*: non ci si focalizza (più) propriamente sul rischio-patti corruttivi, ma si interviene *prima*, a monte, allestendo misure finalizzate a gestire il rischio-conflitto d'interesse.

I Piani Anticorruzione e le linee guida dell'Agenzia Nazionale Anticorruzione (ANAC), infatti, si concentrano sul momento della *selezione* dei decisori pubblici, preoccupandosi che siano reclutati attori al di sopra di ogni sospetto, dal passato immacolato e dal futuro promettente: funzionari, cioè, di cui sia ragionevolmente pronosticabile una linea di condotta onorevole ed esclusivamente attenta agli interessi generali.

Siamo dunque di fronte a misure di gestione del rischio-partigianeria, e non propriamente del rischio-accordi illeciti, giacché s'appuntano sulla *possibile propensione* allo «ascolto privilegiato di interessi particolari»¹⁵, o, se si vuole, sulla *potenziale predisposizione* alla corruzione passiva.

Misure di *allontanamento* dal rischio-corruzione, insomma: le quali, estirpendo – effettivi o potenziali – conflitti di interesse, distanziano scenari corruttivi penalmente rilevanti.

Per intenderci: sono *misure di gestione* del rischio-corruzione, ad es., le procedure di controllo-tracciatura dei flussi di cassa, la previsione (e la verifica del rispetto) di limiti quanti-qualitativi a donazioni, sponsorizzazioni, spese di rappresentanza, compensi per consulenza, etc. Sono invece *misure di allontanamento* dal rischio-corruzione la predisposizione (e la verifica del rispetto) di criteri di selezione del personale e dei collaboratori esterni; il divieto di *revolving doors*, vale a dire di reclutare personale che, in precedenza, prestava la propria attività presso il plesso pubblico con cui si interfaccia la *societas*; la mappatura e la rotazione degli addetti che si relazionano coi pubblici agenti; la disattivazione immediata dei rapporti con la P.A. in presenza di anomalie significative (es. genericità/incompletezza del bando di gara, esclusione massiva dei competitori, significativa presenza di contenzioso). È evidente che le misure di *compliance* del secondo tipo si comportano, rispetto alla corruzione penale,

la necessaria cura dell'interesse pubblico e *pregiudicano l'affidamento dei cittadini nell'imparzialità delle amministrazioni*» [enfasi aggiunte].

¹⁵ V. ancora Determina ANAC del 28.10.2015, n. 12, cit., § 2.1. i

come accorgimenti finalizzati ad allontanare il rischio-reato, in un'ottica pre-preventiva e marcatamente precauzionale.

Come era prevedibile, la logica pre-preventiva che attraversa la *compliance* pubblica – occasionata, come detto, dalla nozione onnivora di corruzione amministrativa – ha finito per incidere anche sulla morfologia delle misure di organizzazione contro il rischio-corruzione penale allestite dagli enti privati: i quali tendono a implementare contromisure ‘arretrate’ omoologhe e simmetriche a quelle cristallizzate nei Piani Anticorruzione.

Ma non è tutto.

La filosofia precauzionale è oggi sposata dagli enti privati anche per contrastare *altri* rischi-reato, come dimostrano i settori della proprietà industriale e intellettuale; qui, in effetti, l’attenzione degli operatori organizzati si concentra principalmente sui criteri di selezione del personale aziendale e dei collaboratori esterni anche occasionali¹⁶.

Una virtuosa lezione pubblica, dunque, di cui il mondo privato ha opportunamente fatto tesoro.

¹⁶ In argomento cfr., volendo, V. VALENTINI, *231 e moda*, Pisa, 2020, 103 ss.

7. Pequeñas empresas, sociedades unipersonales y relación con las matrices¹

ANDRÉS CARRERA HORTAS

*Profesor de Derecho Penal
Universidade de Vigo*

El apartado 3 del art. 31 bis CP permite que, en las personas jurídicas de pequeñas dimensiones —aquellas que se encuentran autorizadas para presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviada—, las funciones del órgano de supervisión de los modelos de organización y gestión sean desempeñadas directamente por el órgano de administración. Esta previsión, *a priori*, deviene aplicable tanto al sector privado como al sector público.

No obstante, en el informe “Cumplimiento normativo e integridad en entidades del sector público institucional de Catalunya” —elaborado por la Oficina Antifrau de Catalunya, junto con varias universidades españolas e italianas—, se aconseja que, en el caso de pequeñas sociedades mercantiles públicas (SMP), que sean titularidad de otra SMP y que, debido a razones presupuestarias, no puedan asumir los costes de contar con un órgano propio que desempeñe las funciones de supervisión del modelo, estas sean llevadas a cabo por un órgano de la matriz con funciones de supervisión sobre el grupo. Se entiende que esta opción resulta preferible que optar por la senda permitida por el apartado 3 del art. 31 bis CP de que el vigilado ejerza, asimismo, como vigilante. Esta recomendación, que parece ciertamente razonable, puede tener importantes repercusiones respecto de la responsabilidad penal de la SMP filial.

Así, pensemos en situaciones como aquellas en las que intervienen, en una misma actividad delictiva y en la forma prevista en el art. 31 bis CP para activar los denominados hechos de conexión, sujetos pertenecientes tanto

¹ CARRERA HORTAS, A., La responsabilidad penal de las personas jurídicas: especial referencia a las «personas jurídicas de pequeñas dimensiones», Dykinson (en prensa); “Algunos interrogantes acerca del Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas informantes”, en *Congreso internacional medios para la persecución y represión de la corrupción*, Universidad Carlos III de Madrid, <https://media.uc3m.es/video/636395408f42089ee38b456d>.

a la SMP matriz como a la SMP filial; y que, en consecuencia, debamos discutir acerca de la posible responsabilidad de ambas sociedades mercantiles públicas. En tal escenario, son varias las dudas que se presentan: 1) ¿No correremos el riesgo de caer en una aplicación vicarial del sistema de responsabilidad?; 2) ¿Es posible derivar responsabilidades penales para la SMP filial cuando el descontrol organizativo deriva de la falta de supervisión de la matriz?; 3) ¿Qué ocurre con el principio *non bis in idem*, si la SMP matriz es propietaria del 100 % de la SMP filial?

Todas estas reflexiones son de especial interés para el sector público empresarial, pues, a diferencia de lo que pudiera parecer, tanto en el sector público como en el privado la mayoría de las sociedades son de pequeñas dimensiones y, por lo tanto, quedan afectadas por los problemas aquí expuestos.

PARTE III

**ESTADO ACTUAL DE
LOS PROGRAMAS DE
CUMPLIMIENTO EN EL
SECTOR PÚBLICO, EN
ESPAÑA E ITALIA**

1. El estado de implantación de los programas de cumplimiento normativo y de integridad en el sector público empresarial en Cataluña: las conclusiones del estudio de campo¹

ELISENDA ESCODA RUANES

Técnica de prevención de la Oficina Antifraude de Catalunya

La primera cuestión que destacaría es que este estudio (2023) se ha fundamentado en evidencias empíricas y ha contado con la participación de veintitrés entidades públicas, además de académicos e investigadores de la Universidad Autónoma de Barcelona, la Universidad de Castilla-La Mancha, la Universidad de Santiago de Compostela y la *Università degli studi di Modena e Reggio Emilia* y personal técnico de la Oficina Antifraude de Catalunya.

Ha partido de la premisa de que los modelos de cumplimiento normativo y de integridad en el sector público deben ser más exigentes que en el sector privado y no deben limitarse exclusivamente a evitar la responsabilidad penal.

Deben ser programas mixtos e integrales, fundamentados en una cultura basada en los valores del servicio y la ética pública, pero que también deben disponer de controles y procedimientos internos adecuados y proporcionales a todo tipo de riesgos, no sólo a los de carácter penal. Estos modelos mixtos son los que han demostrado ser más efectivos.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: ESCODA RUANES, E., “Resultados del estudio de campo de la Oficina Antifraude de Cataluña”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa); ESCODA RUANES, E., “Los sistemas internos de información (SII) en el sector público empresarial”, *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana*, *Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

Algunas de las principales constataciones del estudio de campo, que se recogen en el informe final sobre cumplimiento normativo e integridad, vienen derivadas del enfoque penal de los programas de cumplimiento normativo de las sociedades mercantiles públicas, sometidas al régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, y de la inspiración de éstos en las entidades del sector privado de forma que no siempre se adecuarán a las peculiaridades de las entidades del sector público empresarial.

Otras constataciones vienen derivadas de la propia configuración compleja y carente de homogeneidad del sector público institucional y de la diferente sujeción al régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica de las entidades que lo conforman.

El código penal establece exclusivamente la responsabilidad penal de las sociedades mercantiles públicas, pero no del resto de entidades pertenecientes al sector público empresarial. Sin embargo, la naturaleza de los riesgos y los retos en materia de cumplimiento e integridad son similares de modo que también debería serlo la estructura del cumplimiento normativo y la integridad y los controles a aplicar en estas entidades.

La mayoría de las sociedades mercantiles públicas que han participado en el estudio han implantado modelos de prevención de delitos debido, fundamentalmente, al estímulo que supone la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica para este tipo de entidades. Pero también ha sido determinante en la adopción de estos modelos la implicación y el impulso por parte de las administraciones territoriales propietarias o matrices. En concreto, diez entidades de las veintitrés participantes han implantado modelos de prevención de delitos. De estas diez entidades, nueve son sociedades mercantiles públicas y una es un consorcio.

Un número muy relevante de entidades no sujetas a responsabilidad penal de la persona jurídica que han participado en el estudio no disponían de modelos de prevención de delitos, pero, en cambio, disponían de planes o sistemas de integridad o, al menos, determinados elementos de estos sistemas como pueden ser los códigos éticos y los comités de seguimiento de estos códigos, entre otros.

Si bien una de las constataciones del informe es que estos programas de cumplimiento y de integridad habían aparecido en las entidades del sector público empresarial pero no en las administraciones propietarias o principales, este panorama está actualmente cambiando con el acicate de la gestión de los Fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia y la necesidad de adoptar Planes de Medidas Antifraude así como también con

la aprobación de sistemas de integridad institucional por parte de algunas administraciones territoriales.

Cuando se presentaba el informe final con las conclusiones y recomendaciones del estudio de campo se acababa de aprobar la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informan sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Este nuevo marco legal establece la obligatoriedad de la implantación de los sistemas internos de información en todas las entidades obligadas, también en las del sector público empresarial de Cataluña.

Con las obligaciones que impone esta Ley, se pasa de la voluntariedad de disponer de canales internos de información, vinculada a la existencia de programas de cumplimiento normativo, a la obligación de todas las entidades del sector público de disponer de sistemas internos de información, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 de la Ley 2/2023.

Las entidades públicas que disponían de canales de alertas han tenido que adaptar sus canales a los requerimientos legales de los sistemas internos de información previstos en la Ley 2/2023. Aquellas que no las tenían, han tenido que implantarlas.

Al respecto, cabe destacar alguna especificidad en lo que se refiere a las entidades vinculadas o dependientes de las administraciones públicas de menor dimensión, aquellas con menos de 50 trabajadores/as. Estas entidades tienen la posibilidad de compartir medios, sistema interno de información y recursos destinados a las investigaciones garantizando que los canales estén diferenciados, con la administración de adscripción.

2. Los gobiernos locales y la prevención de la corrupción. Especial referencia a los retos derivados de la asistencia supramunicipal y los nuevos canales de personas que informan y alertan sobre infracciones normativas en la lucha contra la corrupción¹

XAVIER FORCADELL ESTELLER

*Coordinador del Área de Buen Gobierno, Asistencia Local y Cohesión Territorial de la Diputación de Barcelona
Profesor asociado de Derecho Administrativo. Universitat Rovira i Virgili*

Sin ningún tipo de duda los gobiernos locales son un poder efectivo en la lucha contra la corrupción, y además deberían ser también un poder especialmente determinante des de la perspectiva de la prevención de esta.

¹ Sobre este tema, del mismo autor: FORCADELL ESTELLER, X., “Los Gobiernos locales supramunicipales en Cataluña: evolución normativa y jurisprudencial, y perspectivas de futuro”, *Anuario del Gobierno Local*, núm. 1, 2015; FORCADELL ESTELLER, X. (coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Tecnos, 2016; FORCADELL I ESTELLER, X., “La corrupción en los gobiernos y administraciones locales en la España contemporánea”, Riquer/Pérez Francesch/Rubí/Toledano/Luján (dirs.), *La corrupción política en la España contemporánea. Un enfoque interdisciplinar*, Marcial Pons, 2018; FORCADELL I ESTELLER, X. (coord.), “Canales de información y protección del denunciante en las Administraciones locales. Estudios sobre la Ley 2-2023”, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2023; FORCADELL I ESTELLER, X.; “Retos de la implantación de los canales de denuncia en el mundo local y el papel de los Gobiernos locales supramunicipales”, *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana, Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

Efectivamente, Ayuntamientos y Diputaciones provinciales, especialmente, por su proximidad al territorio y a la ciudadanía, y también por la gran y variada cantidad de servicios públicos que gestionan, forman parte esencial de la estrategia gubernamental de la lucha contra esta. No menos cierto es pero que el endémico modelo de organización territorial local, con muchos gobiernos locales sin medios técnicos y humanos para hacer frente a las cuestiones más básicas de la gestión ordinaria, no permite con facilidad afrontar estos retos a muchos de ellos. Por esta razón aquí el papel de los niveles de gobierno local supramunicipal, especializados estos especialmente en las tareas de cooperación y asistencia, serán fundamentales. Sin duda hace falta reorientar la estrategia a estos “nuevos propósitos”, formar al personal, buscar especialización, crear los sistemas internos adicionales y necesarios … todos retos significativos, pero los fines que se persiguen no requieren excusas, y es que en juego está buena parte también de la credibilidad y confianza de la ciudadanía con las instituciones locales, y por ende con una parte significativa también de la democracia institucional.

Dentro de esta estrategia en la materia (que empezó hace una década con los portales de transparencia, los sistemas de publicidad activa, la rendición de cuentas “por defecto” y de forma constante…), se suman ahora las exigencias de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción. Situados a febrero de 2024 han concluido ya los plazos de su entrada en vigor, por ello es oportuno hacer un primer balance de su instauración interna en nuestros gobiernos locales. La primera aproximación tratará sobre la situación interna en la misma Diputación de Barcelona, el nivel de gobierno local supramunicipal, más significativo (por estructura y presupuesto) de todo el estado español, y porque es además la Institución donde ostentamos las máximas competencias directivas en la materia dentro de la organización, por lo tanto con conocimiento e impulso de primera mano.

Para tratar sobre ello es preciso también enmarcarlo como una estrategia más dentro de nuestro Sistema de Integridad Institucional y Plan de Medidas Antifraude. En tal sentido, a fecha 13 junio 2023, como marcaba la norma, nos hemos dotado de la normativa interna, la organización y responsables precisos, y las herramientas tecnológicas necesarias para poder afrontar el nuevo reto sin dilación alguna.

Pero es necesario ahora, des de la visión supramunicipal, afrontar una estrategia de asistencia a los municipios que según la Ley requieren especial

atención “mancomunada”, estos son los municipios de hasta 10.000 habitantes, que dicho sea de paso son más de la mitad de los 311 de la demarcación de Barcelona. Reto nada sencillo, pues en estos momentos estamos abordando cuales son aquellos que a la fecha de su plena entrada en vigor demorada -diciembre de 2023-, no habían implantado el canal, y vemos que son prácticamente todos. Llega ahora el reto de fijar una normativa común para ello y dotar unas estructuras tecnológicas a nivel territorial y de dotación de efectivos especializados (que todavía no estamos produciendo en nuestras universidades), nada fáciles de encontrar dada su especialización. Reto nada sencillo, pero inaplazable si queremos dotarnos de unos gobiernos locales que den respuesta a los retos de una democracia local avanzada del siglo XXI.

3. Estat actual dels programes de compliment en el sector públic¹

JAUDE LÓPEZ HERNÁNDEZ

*Director general de Bon Govern, Innovació i Qualitat Democràtiques
Generalitat de Catalunya*

La Direcció General de Bon Govern, Innovació i Qualitat Democràtiques reuneix les competències en Govern Obert (participació ciutadana, transparència) i Bon Govern (integritat i ètica pública, i qualitat institucional).

En aquest darrer àmbit s'emmarquen les accions per al compliment en el sector públic, en el que les actuacions més rellevants desenvolupades per la Generalitat de Catalunya des de la creació, al novembre del 2022, d'aquesta Direcció General han estat: (1) Acord de Govern 160/2023, de 25 de juliol, pel qual s'estableix el Sistema Intern d'Alertes en Matèria d'Infraccions Normatives i de Conductes Contràries a la Integritat Pública de l'Administració de la Generalitat de Catalunya; (2) Creació del Sistema Intern d'Alertes (SIA) i el seu canal anònim; (3) Primer text de l'Avantprojecte de llei de protecció de les persones alertadores.

Pel que fa al SIA, l'Acord de Govern estableix la possibilitat de comparció amb entitats del sector públic de menys de 50 treballadors (o entitats autònomes), així com un període transitori en el que les entitats amb un major volum que no disposessin del seu propi sistema, podrien adherir-se provisionalment al de l'Administració de la Generalitat, gestionat per l'àrea de Bon Govern de la Direcció General.

D'agost de 2023 a febrer de 2024, de les 198 entitats del Sector Públic, 101 entitats van desenvolupar el seu sistema propi (88) o compartit amb la seva entitat matriu (13). Les 97 restants s'adherien al SIA de l'Administració de la Generalitat, i només 27 el compartien de manera transitòria mentre posaven en marxa el seu propi.

¹ Sobre este tema, del mismo autor: LÓPEZ HERNÁNDEZ, J., “Missió en l'àmbit de la traçabilitat de les decisions públiques”, govern obert, <https://www.youtube.com/watch?v=m3otSz4TLi0>.

Pel que fa a les alertes rebudes al SIA de l'Administració de la Generalitat, des del 27 de juliol fins al 31 de desembre de 2023 s'havien rebut 45 alertes, de les quals 25 no s'havien admès per no incloure's en l'objecte de gestió del SIA.

4. Estado actual de los programas de cumplimiento en el sector público, en Italia¹

LUIGI FOFFANI

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Módena y Reggio Emilia

La situación italiana está caracterizada por un doble sistema de programas de cumplimiento: *compliance* privada y *compliance* pública. La *compliance* privada se funda sobre el Decreto Legislativo de 8 junio 2001, Nr. 231, que ha introducido una responsabilidad *ex crimine* de las personas jurídicas (y de las sociedades y asociaciones aun sin personalidad jurídica) en relación con un abanico de delitos inicialmente muy restringido y sucesivamente cada día más amplio, a partir de la evolución de la política criminal europea y nacional y de las consecuentes exigencias de extender progresivamente este sistema de responsabilidad (formalmente administrativa, pero de naturaleza sustancialmente penal o casi penal, como reconocen hoy en día jurisprudencia y doctrina mayoritaria). La *compliance* pública nace con la Ley 190/2012, sobre la prevención de la corrupción en el sector público

¹ Sobre este tema, del mismo autor: FOFFANI, L., “La nuova dimensione internazionale ed economica della lotta alla corruzione: dal settore pubblico al settore privato”, en Plantamura/Salcuni (eds.), *Liber Amicorum Adelmo Manna*, 2020; FOFFANI, L., “Potere regolatorio della Consob e materia penale”, *Giurisprudenza commerciale*, núm. 3, 2020; FOFFANI, L., “20 Jahre europäische Kriminalpolitik – Der Untergang des Prinzips *societas delinquere non potest?*”, *Strafrecht und Systemrecht. Festschrift für Gerhard Werle zum 70. Geburtstag*, 2022; “El whistleblowing: un nuevo instrumento en la lucha contra la corrupción: la experiencia italiana en el marco del derecho europeo”, Gómez Martín/Bolea Bardón/Gallego Soler/Hortal Ibarra/Joshi Jubert (eds.), *Un modelo integral de Derecho penal Libro homenaje a la profesora Miren Txu Corcoy Bidasolo*, 2022; FOFFANI, L., “Un nuevo puente entre Europa y América Latina: Responsabilidad de las personas jurídicas y compliance”, *Homenaje al profesor Ignacio Berdugo Gómez de la torre. tomo II. Liber amicorum. Derechos humanos y Derecho penal*, 2023; FOFFANI, L., “Introducción a la situación italiana”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

y la consecuente introducción de la Autoridad Nacional Anticorrupción (ANAC) y de los Planes Anticorrupción, tanto a nivel nacional como en todas las administraciones públicas.

El sector público empresarial (en todas sus diferentes variantes tipológicas) es precisamente el sector donde estos dos sistemas de *compliance* coinciden y se superponen, dando lugar a una significativa tendencia a la “hibridación” e integración de los dos sistemas; tendencia confirmada por la reciente Ley que ha dado actuación a la Directiva europea sobre el llamado “*Whistleblowing*” (D.Lgs. 24/2023) y que tiene como destinatarios tanto el sector público como el sector privado.

El análisis realizado por el grupo de trabajo de la Universidad de Módena y Reggio Emilia ha confirmado esta realidad con una encuesta sobre las entidades públicas empresariales de la Región Emilia-Romagna, conducida en paralelo con la encuesta realizada sobre las entidades públicas empresariales de Catalunya.

5. La compliance penale in Italia¹

FRANCESCA CONSORTE

Ricercatrice Tenure Track di Diritto penale

Università degli Studi di Parma

È un’evoluzione nota, e non certo recente, quella che vede il legislatore italiano impegnato in una complessa opera di integrazione dei tradizionali strumenti di lotta all’illegalità con raffinati sistemi di *compliance* penale. Si tratta di un cammino risalente ma dai connotati ancora rivoluzionari, grazie al quale la prevenzione non è più intesa solo in chiave inhibitoria, contenitivo-inibitoria o comunque in una logica “negativa”, del “non fare”, ma quale serio impegno *ex ante*, attivo e proattivo, consistente nell’adozione di articolati sistemi di organizzazione e controllo tali da forgiare, secondo modalità tangibili e verificabili, l’“essenza” dei soggetti collettivi al rispetto della legalità. Fine ultimo, quello di condizionare la condotta del personale aziendale e, ancor prima, di sterilizzare a priori l’eventuale tentazione dello stesso di ricorrere a comportamenti illeciti nello svolgimento delle proprie mansioni; ciò, grazie all’“impostazione” di un ambiente di lavoro votato al rispetto di certi valori e dominato da una cultura virtuosa.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: CONSORTE, F., “Qualche riflessione sullo “Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2019/1937 riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell’Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali” approvato dal Consiglio dei Ministri e trasmesso alla Presidenza in data 9 dicembre 2022”, *Indice Penale*, 2023, núm. 1; CONSORTE, F., “La nueva disciplina in materia di whistleblowing. Tra puntos de fuerza e criticidad”, *Responsabilidad civil e previdencia. Rivista bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione*, núm. 2, 2024, Giuffrè; CONSORTE, F., “La lucha contra la ilegalidad en el marco de la colaboración público-privada en Italia, con especial mención a la prevención de la corrupción a través de la organización empresarial y del whistleblowing”, *Estudios Penales y Criminológicos*; CONSORTE, F., “Los canales de denuncias en el sector público empresarial, en Italia”, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana*, *Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

Ora, in ossequio ad impegni assunti a livello sovranazionale, il cammino sopradescritto si è sviluppato nel nostro sistema giuridico lungo tre binari governati da tre distinti provvedimenti che disciplinano tre diverse forme di *compliance*.

Innanzitutto, vi è il D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, normativa ormai risalente che, come noto, nell'introdurre la responsabilità amministrativa da reato degli enti, disciplina il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo, ossia quel sistema organizzativo-preventivo che le imprese private “pure” e i soggetti alle stesse equiparati possono decidere di adottare nella speranza di poter godere dell'esenzione da responsabilità qualora coinvolte in un eventuale processo penale.

In secondo luogo, il riferimento corre alla Legge 6 novembre 2012, n. 190 che introduce «Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella Pubblica Amministrazione» e che obbliga l'organo di indirizzo a dotare le stesse Pubbliche Amministrazioni (e gli altri soggetti equiparati) di sistemi organizzativo-preventivi denominati Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione e Trasparenza.

Da ultimo, si consideri il recente D.lgs. 10 marzo 2023, n. 24, “Attuazione della direttiva UE 2019/1937 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2019, riguardante la protezione delle persone che segnalano violazioni del diritto dell'Unione e recante disposizioni riguardanti la protezione delle persone che segnalano violazioni delle disposizioni normative nazionali”. Si tratta del c.d. “decreto *whistleblowing*”, provvedimento che introduce anch'esso l'obbligo a carico dell'organo di indirizzo di dotare la Pubblica Amministrazione in senso stretto, i concessionari di pubblico servizio, le società in controllo pubblico e *in house* e “alcune” imprese private (quelle con una media di cinquanta lavoratori o rientranti in determinati settori sensibili² o dotate di Modello *ex d.lgs. n. 231/2001*) di un micro-sistema organizzativo; si tratta nello specifico di un insieme di procedure, strumenti operativo-gestionali e misure sanzionatorie funzionali nel loro complesso a garantire “vitalità” ed effettività allo strumento della “delazione virtuosa”, considerata anch'essa una preziosa forma di prevenzione dell'illecito. La disciplina dettata dal D.lgs. n. 24/2023 è unitaria, ma differenziata a seconda del soggetto collettivo coinvolto quanto a “oggetto” della segnalazione protetta e “canale” utilizzabile. In tutti i casi, tuttavia, deve essere individuato un soggetto responsabile sia del funzionamento sia

² Servizi, prodotti e mercati finanziari e prevenzione del riciclaggio o del finanziamento del terrorismo, sicurezza dei trasporti e tutela dell'ambiente.

della natura assolutamente riservata del sistema *whistleblowing*, ossia il c.d. “Gestore della segnalazione” (ruolo che, ove presente, compete al Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza³).

Ora, soprattutto nella prospettiva comparatistica, due questioni meritano particolare attenzione.

Innanzitutto, vi è la necessità di precisare le categorie degli enti in controllo pubblico e delle società *in house*. Tali soggetti collettivi, infatti, presentando una natura “ibrida”⁴, vengono (a seconda della disciplina considerata) attratti alternativamente nel mondo delle imprese private⁵ o in quello della Pubblica Amministrazione⁶; ciò con il risultato (per quel che in questa sede interessa) di rendere applicabili a tali soggetti collettivi tutte le forme di *compliance* penale che popolano il nostro sistema giuridico.

³ Il Responsabile della Prevenzione della Corruzione e Trasparenza può essere definito, in via di approssimazione, come l’organo di vigilanza del sistema di anticorruzione pubblica.

⁴ Operano con strumenti privatistici ma si caratterizzano per capitale e controllo pubblico.

⁵ Il D.lgs. n. 231/2001 si rivolge alle imprese private anche se esclude in realtà solo lo Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici e gli enti che svolgono funzioni di rilievo costituzionale. Di conseguenze, per la Cassazione (Cass. pen. 28699/2010 e Cass. pen. 234/2011) attrae anche le società in controllo pubblico, *in house*, e ovviamente le partecipate. Del resto, anche l’art. 1, comma 2 *bis*, L. n. 190/2012, da per assunto che le società in controllo pubblico adottino le misure di cui al d.lgs. n. 231/2001.

⁶ La L. 6 novembre 2012, n. 190 si rivolge al settore strettamente pubblicistico, all’interno del quale, ancora una volta, vengono formalmente attratti gli enti sopra menzionati (società in controllo pubblico, *in house*). Si veda art. 1, comma 2 *bis*, L. n. 190/2012: “Il Piano nazionale anticorruzione è adottato sentiti il Comitato interministeriale di cui al comma 4 e la Conferenza unificata di cui all’articolo 8, comma 1, del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281. Il Piano ha durata triennale ed è aggiornato annualmente. Esso costituisce atto di indirizzo per le pubbliche amministrazioni di cui all’articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, ai fini dell’adozione dei propri piani triennali di prevenzione della corruzione, e per gli altri soggetti di cui all’articolo 2-bis, comma 2, del decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, ai fini dell’adozione di misure di prevenzione della corruzione integrative di quelle adottate ai sensi del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, anche per assicurare l’attuazione dei compiti di cui al comma 4, lettera a). Esso, inoltre, anche in relazione alla dimensione e ai diversi settori di attività degli enti, individua i principali rischi di corruzione e i relativi rimedi e contiene l’indicazione di obiettivi, tempi e modalità di adozione e attuazione delle misure di contrasto alla corruzione”.

Strettamente correlata a quanto appena affermato è la necessità di individuare adeguate forme di coordinamento tra i tre sistemi di *compliance* menzionati, con specifico riferimento al caso in cui essi (tutti o alcuni) convivano all'interno della medesima realtà. Pur avendo una serie di elementi in comune, come ad esempio la generale finalità ispiratrice (prevenzione dell'illegalità) e la generale fisionomia degli strumenti a tal fine predisposti (apparati organizzativi adottati con metodologie di analisi e gestione del rischio), i tre sistemi in questione presentano infatti specificità che richiedono adeguate forme di raccordo al fine di rendere gli enti “*compliant*” rispetto a ciascuna delle discipline menzionate e allo stesso tempo i sistemi di prevenzione adottati efficaci ed effettivi.

Del resto, quelli considerati sono ambienti organizzativi che, anche nei casi in cui presentano convergenze in relazione ai rischi-reato da prevenire (i reati contro la Pubblica Amministrazione), muovono da prospettive differenti. Sotto quest'ultimo profilo, è superfluo ricordare come il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo si proponga di abbattere il rischio di commissione di reati a vantaggio o nell'interesse dell'ente, mentre il Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione miri a prevenire reati (e atti di cattiva amministrazione) in danno alla Pubblica Amministrazione. Caso di particolare interesse è proprio quello delle c.d. società in mano pubblica. Se infatti è vero che anche nel caso delle “società private pure” possono convivere più sistemi di *compliance*⁷, è altresì vero che gli enti in controllo pubblico e le società *in house*, come già emerso, sono sottoposti addirittura ad un triplo regime, dovendo essi adottare i Piani Triennali Anticorruzione, il microsistema organizzativo *whistleblowing* nella sua versione più rigorosa dedicata alla Pubblica Amministrazione e (ove vogliano usufruire dell'esenzione da responsabilità *ex d.lgs. 231/2001*) il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo. Ne scaturisce in tutta la sua evidenza, solo per fare qualche esempio, la necessità di raccordare nei contenuti le misure di prevenzione previste dai Piani Triennali e dal Modello di Organizzazione proprio con riferimento a quei rischi-reato contro la Pubblica Amministrazione “gestiti” da entrambi i sistemi; cioè, al fine di evitare duplicazioni e soprattutto lacune. Allo stesso tempo, si pone la necessità di riflettere sul valore della *soft law* prodotta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di base dedicata ai Piani Triennali di Prevenzione della Corruzione) ai fini del giudizio di idoneità del Modello di Organizzazione

⁷ Nello specifico, il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo e il sistema *whistleblowing* che ne è parte integrante.

condotto dal giudice penale. Ancora, si pone un problema di raccordo tra il Modello di Organizzazione, Gestione e Controllo e l'attività dell'Organismo di Vigilanza dallo stesso previsto, da un lato, e il sistema *whistleblowing* e l'attività del Gestore della Segnalazione, dall'altro lato. Da quest'ultimo punto di vista, uno dei tanti aspetti problematici da considerare è legato al fatto che il legislatore riconosce, per quanto concerne i soggetti del "settore pubblico", la possibilità di segnalare, a certe condizioni, ogni tipologia di violazione attraverso tutti i canali *whistleblowing* previsti (interno, esterno, divulgazione pubblica), consentendo dunque il transito attraverso il canale interno (che è parte integrante del Modello di Organizzazione) di segnalazioni completamente estranee al "sistema organizzativo di cui al d.lgs. n. 231/2001" ed ai rischi che esso si propone di calmierare. Si pensi, in particolare, alle segnalazioni di violazioni del diritto UE (elencato) e relativa normativa di recepimento e degli illeciti integrati dalle violazioni del diritto interno differenti dalle violazioni del Modello e dagli illeciti *ex d.lgs. n. 231/2001*.

Il coefficiente di incertezza che circonda le questioni sopra accennate e tante altre non menzionate, unitamente alla natura non esaustiva di un approccio meramente tecnico-giuridico alle stesse, rende fondamentale in questo settore l'attento monitoraggio delle linee guida delle Associazioni di Categoria, che, come di recente riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione nell'ambito del caso "Impregilo", svolgono ormai un ruolo fondamentale nel ricostruire i confini della diligenza organizzativa dei soggetti collettivi.

PARTE IV

LOS RIESGOS PENALES

Y SU PREVENCIÓN

1. Propuesta para una reinterpretación de los elementos esenciales del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios (art. 439 CP)¹

RAFAEL REBOLLO VARGAS

*Catedrático de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

En apretada síntesis, la doctrina mayoritaria configura la estructura del ilícito como un delito de simple actividad, formal o de tendencia, no de resultado, que se consuma con la sola realización de la conducta, independientemente del resultado alcanzado o producido por la misma, esto es, como un delito de peligro abstracto que no requiere un efectivo perjuicio para la Administración, ni el propósito de perseguirlo ya que el bien jurídico reside en la preservación de la integridad del funcionario al resolver y, con ello, garantizar la imparcialidad frente a los administrados en general, de manera que no es necesaria la producción de un perjuicio patrimonial para la Administración pública para considerar consumada la infracción. Es más, se añade que puede darse el tipo incluso cuando la Administración pública se haya visto favorecida por el negocio o actividad en la que ha intervenido el funcionario público, hasta el punto de que no es necesario que se alcance el citado beneficio personal ni que se perjudique a la Administración. Línea interpretativa seguida, hasta el momento, por buena

¹ Sobre este tema, del mismo autor: REBOLLO VARGAS, R., “Negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios”, en ALVAREZ GARCÍA-GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010; REBOLLO VARGAS, R./CASAS HERVILLA, J., “El delito de prevaricación administrativa de autoridades y funcionarios públicos: propuestas de reforma”, en VÁZQUEZ-PORTOMEÑE (dir.), *Los lobbies: ¿Instrumentos de participación democrática o medios de corrupción?*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; REBOLLO VARGAS, R., “Propuestas para una reinterpretación de los elementos esenciales del delito de negociaciones prohibidas a funcionarios. Art. 439 CP”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

parte de la Jurisprudencia que ha continuado enfatizando en la incompatibilidad del funcionario que, en esos casos, asume una doble e ilícita función: la obligación de defender los intereses de la Administración mientras que, a la vez, interviene como particular tratando de que prevalezcan sus intereses particulares sobre los públicos.

Sin embargo, a mi parecer, nos encontramos ante un delito donde lo lesionado, efectivamente, es la objetividad y la imparcialidad en la toma de decisiones de la Administración que resulta condicionada por la conducta de un funcionario público que pretende que prevalezcan sus intereses privados sobre los públicos, lo que supone un perjuicio para el interés general dado que el funcionario público pretende que sus intereses particulares prevalezcan sobre los generales; a lo que cabe añadir que, en algunos casos, ese perjuicio al interés general puede tener un inequívoco componente económico. No creo, que, a diferencia de lo que ha resuelto la Jurisprudencia en repetidas ocasiones y es compartido por la doctrina mayoritaria, pueda postularse la existencia del tipo por el hecho de que el funcionario público haya transgredido su deber de abstención y menos cuando, por ejemplo, la Administración obtiene un beneficio por hallarnos ante la oferta más ventajosa. Evidentemente lo anterior nos aleja del “delito de tendencia”, “del ilícito formal”, “del delito de peligro abstracto”, de elevar a la categoría de delito lo que, en esencia, no es más que una infracción de índole administrativo.

Como afirma la STS 613/2016, de 8 de julio, habrá actuación reprobable penalmente “*si el funcionario se aprovecha de su condición para beneficiar a una empresa en la que tiene intereses directos o indirectos actuando deliberadamente con la voluntad de poner la función al servicio de esos intereses personales. Por eso puede existir infracción del deber de abstención, incluso palmaria, sin que exista delito del art. 439 CP cuando se constate que no ha existido ese aprovechamiento...*” Criterio que resulta también corroborado por la STS 89/2020, de 3 de marzo, donde explícitamente se hace mención a que el bien jurídico reside en la protección del deber de probidad y de imparcialidad de la función pública, “*así como el patrimonio público, que se ven afectados cuando el funcionario público incumple ilícitamente su obligación...*”. Creo, por lo tanto, que, si el interés general no resulta afectado porque no se afecta a un ente público con la actuación del funcionario público que, en efecto, incumple con su deber de abstención, no nos hallamos frente a un delito del art. 439, sino ante una infracción de orden administrativo.

2. La posible responsabilidad penal de las empresas públicas en el delito de cohecho¹

M^a JOSÉ RODRÍGUEZ PUERTA

*Profesora titular de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

La ponencia trata de identificar cuáles son las cuestiones que deben examinarse para atribuir responsabilidad penal a las empresas públicas, en particular a las Sociedades mercantiles públicas (SMP) en el marco del delito de cohecho. Para ello se parte de las características específicas que presenta este delito en el Código penal español (arts. 419 y ss. y art. 286 ter CP). Se examinan 4 cuestiones:

- a) En primer lugar, la **condición de funcionario** (tanto en el cohecho pasivo como en el activo, sujeto al que se dirige la oferta, la aceptación o la entrega de la ventaja). Los arts. 419 y ss, en concreto en el art. 423 y 424 CP establecen que, a los efectos de este delito, se equipara al funcionario y al “*sujeto que participa en el ejercicio de funciones públicas*” de manera expresa. Se extiende o amplia la condición de funcionario para atribuirla a sujetos que pueden no cumplir los requisitos exigidos por el art. 24.2 CP (título habilitante).
- b) En segundo lugar, la cláusula del **art. 427 CP (concepto de funcionario de la Unión Europea, extranjero o de una organización internacional)**. Extiende la consideración de funcionario público a sujetos

¹ Sobre este tema, de la misma autora: RODRÍGUEZ PUERTA, MJ. (2023), “Corrupción y derechos humanos desde una perspectiva social y colectiva”, en Michiel Luchtman, Ferry de Jong, François Kristen, Katalin Ligeti, Joep Lindeman, Stanisław Tosza, Rob Widdershoven and Damián Zaitch (eds.), *Of swords and shields: due process and crime control in times of globalization – Liber amicorum prof. dr. J.A.E. Vervaele*, The Hague: Eleven 2023; RODRÍGUEZ PUERTA, MJ., “La corrupción como problema de acción colectiva: desnormalización y participación social”, *Estudios Penales y Criminológicos*, 43/2003; RODRÍGUEZ PUERTA, MJ., “La responsabilidad de las empresas públicas en los delitos de cohecho”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

que ejercen funciones públicas (puede ser *distinto de los que participan en el ejercicio de funciones públicas*) y menciona expresamente a las “empresas públicas”. Pueden surgir problemas. Primero, en base a qué legislación se determina el carácter de empresa pública y segundo si los tribunales españoles tendrán competencia para juzgarlos.

- c) En tercer lugar, por lo que respecta a la **posible responsabilidad de la persona jurídica**. Se prevé expresamente la responsabilidad en el art. 427 bis CP (no en otros delitos contra la Administración pública). Se trata, por lo menos en apariencia, y según los planteamientos tradicionales, de posibilitar la atribución de responsabilidad a empresas que corrompen a funcionarios o lo intentan (supuestos de cohecho activo).

No obstante, para atribuir responsabilidad a dichas empresas deberán cumplir con los requisitos establecidos en el art. 31 bis) CP y ello plantea problemas dependiendo de cuál sea la posición que ocupa la empresa en el trato corrupto.

- Si la Empresa (pública) *ocupa el papel del que vende sus funciones* (cohecho pasivo), difícilmente podrá responder la persona jurídica puesto que no habrá resultado beneficiada por la conducta de la persona física que se corrompió o lo intentó. No podrá responder de ningún modo la empresa pública salvo que se pruebe, por ejemplo, que la empresa (que actuaba como administración) adquirió o contrató o nombró, por ejemplo, por un precio inferior al de mercado y eso le resultó beneficioso, pero no parece lo habitual.
 - Si por el contrario la empresa pública es la que pretende comprar favores de la Administración de la que depende, matriz o de cualquier otra (cohecho activo). En ese caso, sin duda, hablaremos de una actuación realizada en beneficio directo o indirecto de la empresa y podría responder la PPJJ, aplicando la regla limitada del art. 31 quinques CP o la general del art. 31 bis) CP, dependiendo de la interpretación que se defienda. En todo caso, la cuestión probablemente *de facto* varía poco en uno y otro caso (427 bis *in fine*).
- d) Por último se abordarán sucintamente algunos de los muchos problemas que plantea la modalidad agravada de **corrupción en los negocios cometida por una empresa pública en actividades económicas internacionales** (art. 286 ter CP), cuando corrompe o intenta corromper a un funcionario público (nacional o extranjero).

3. Prevención de la corrupción y regulación de los lobbies

FERNANDO VÁZQUEZ-PORTOMEÑE SEIJAS

*Catedrático de Derecho penal
Universidade de Santiago de Compostela*

Buena parte de los riesgos para la buena administración se asocian a que los intereses privados lleguen a predominar sobre el general. El diseño de las políticas públicas puede no ser siempre inclusivo y tener en cuenta los intereses de unos pocos, normalmente aquellos más poderosos económica o financieramente, en detrimento del interés público. Es verdad que cada vez más entidades corporativas y lobistas profesionales se comprometen a respetar estándares éticos y apoyan la necesidad de una regulación adecuada, conscientes de los beneficios que ello acarrea para su reputación y para la necesaria igualdad de condiciones de competencia; pero la realidad es que las empresas y los reguladores de los mercados encuentran enormes incentivos para tratar de influir en los agentes del sistema político y administrativo (parlamentarios, altos cargos, asesores, responsables políticos): ver reforzada su posición en el mercado a través de decisiones en materia de fusión de empresas o reestructuración de sectores económicos o industriales; obtener ventajas competitivas de la mano de normas que distorsionen la formación de precios en el mercado o el sistema de selección en la contratación; situarse en el centro de los nuevos regímenes de beneficios, ventajas o exenciones fiscales... Sin temor a exagerar, puede presentarse el cabildeo o ejercicio de influencias indebidas sobre el poder como un fenómeno omnipresente en el mundo globalizado de 2024. Aunque los riesgos que presenta nos siguen devolviendo la imagen de encuentros personales en despachos, gabinetes o espacios de reuniones, lo cierto es que han ido cambiando de naturaleza y formato conforme lo ha ido haciendo la propia sociedad de la digitalización y globalización. La OCDE es muy consciente de ello y ya ha venido advirtiendo que el auge de las tecnologías digitales y las redes sociales redundan en un incremento de la complejidad del lobismo y acentúan la necesidad de apostar por la transparencia sobre temas como la financiación de la investigación o los *think tanks*, las organizaciones de base. Un estudio fenomenológico de sus prácticas, realizadas con frecuencia fuera de los lugares y mecanismos formales de actuación

administrativa, en reuniones informales, cenas o conversaciones en las tribunas de espectáculos deportivos, musicales o culturales permite descubrir la diversidad e importancia para los ciudadanos de los ámbitos sobre los que se proyectan. Por eso, aunque la relación entre el cabildeo y la corrupción no es fácil de abordar a partir de planteamientos únicamente jurídicos, es esencial contar con marcos regulativos coordinados y eficaces, con herramientas que garanticen la buena gobernanza y prevengan la captura regulatoria y la realización de actuaciones administrativas ilegales.

4. La tutela penal del patrimonio de las sociedades mercantiles de capital mixto¹

JORDI CASAS HERVILLA

Fiscal de la Secretaría Técnica de la Fiscalía General

El nuevo art. 433 ter CP resultante de la reforma operada en virtud de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, introduce una novedosa definición auténtica de patrimonio público. Concepto que hasta la fecha no aparecía definido en nuestro ordenamiento jurídico penal, a pesar de erigirse en objeto material de algunos de los delitos contra la Administración Pública.

Esta definición pudiera considerarse incompleta, pues, en síntesis, viene a decir que el patrimonio público es el patrimonio de las Administraciones públicas, sin ofrecer, sin embargo, pauta o criterio alguno que permita conocer lo que deba entenderse por Administraciones públicas.

El Derecho administrativo no ofrece un concepto unívoco de Administración Pública. De ahí que difícilmente pueda entenderse que la legislación penal efectúa una remisión a la definición de Administraciones Públicas que contienen las diversas leyes administrativas.

Nótese, por ejemplo, que, con arreglo a los arts. 2.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 2.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, solo constituyen Administraciones Públicas en sentido estricto: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local y los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las anteriores. Por el contrario, no constituyen Administración Pública en sentido estricto, a pesar de integrarse en el sector público, las universidades públicas ni tampoco las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de

¹ Sobre este tema, del mismo autor: CASAS HERVILLA, J., *Malversación y blanqueo en la contratación pública de abogados defensores*, Editorial Reus, 2019; CASAS HERVILLA, J., “Aproximación a la reforma de los delitos de malversación operada por la LO 14/2022, de 22 de diciembre”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

las Administraciones Pùblicas. A mayor abundamiento, ninguna de estas leyes integra en el concepto de Administración Pública a los entes de la Unión Europea.

El art. 433 ter CP no presenta la estructura de una norma penal en blanco sino que, muy al contrario, contiene una definición válida a los solos efectos penales, fruto de la autonomía reconocida a esta rama del ordenamiento jurídico. Se trata, por consiguiente, de un concepto penal propio que, según precisa el preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, constituye una simple “mejora técnica”, que *“contiene una definición, a los efectos penales de patrimonio público, con idéntica funcionalidad a la desempeñada por los arts. 24 y 25”*.

El Código Penal contiene un concepto penal propio de Administración Pública que no se identifica con el concepto estricto que ofrecen algunas leyes administrativas. Concepto amplio que, desde parámetros teleológicos y lógico-sistemáticos, integra a la totalidad de entes que forman parte del sector público. No en vano, la tutela reforzada que el legislador ofrece al patrimonio público encuentra su razón de ser en los fines que este se encuentra llamado a realizar y no, por el contrario, en el mero hecho de su titularidad formal. De ahí que tradicionalmente no haya existido ningún inconveniente para calificar como delitos contra la Administración Pública los cometidos en el seno de entidades de derecho privado que, a pesar de ello, sean considerados públicos por estar controlados por una Administración Pública, incluidas las sociedades mercantiles mixtas (*vid. Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25-05-2017, sobre el carácter público o privado de los caudales de una sociedad mixta*).

En opinión de la doctrina mayoritaria, el legislador, con la introducción de este nuevo art. 433 ter CP, se limita a ofrecer una definición ampliamente coincidente con la que venían manejando tanto la doctrina como la jurisprudencia que, a los efectos penales, ya con anterioridad a la reforma de 2022, adjetivaba el patrimonio como público por razón de su pertenencia a la Administración Pública (*vid. SSTS 362/2018, de 18 de julio [Tol 6676967]; 608/2018, de 29 de noviembre [Tol 6940659]; 627/2019, de 18 de diciembre [Tol 7764230]; 442/2022, de 5 de mayo [Tol 8927610]*). Concebida ésta, eso sí, de un modo amplio, en atención a los bienes jurídicos protegidos.

5. L'abuso d'ufficio¹

SILVIA TORDINI CAGLI

Catedrática (acr.)

Alma mater studiorum Università di Bologna

L'abuso d'ufficio – fattispecie fin dalle origini presente nel codice penale italiano all'art. 323 – è da sempre uno dei delitti contro la Pubblica Amministrazione di grande rilevanza per la prevenzione e per la repressione della corruzione, in quanto è stato considerato un vero e proprio reato *spia*, importante avamposto della repressione dei fenomeni corruttivi; la stretta relazione che intercorre tra condotte di “abuso d'ufficio” e corruzione emerge chiaramente anche dalla nozione di corruzione accolta dalla normativa italiana e in particolare dalla legge Severino del 2012, che include qualsiasi situazione, condotta o decisione in cui si annidi un – apparente, potenziale, effettivo e attuale – conflitto d'interesse. E' evidente come una nozione di questo tipo abbraccia, in un ottica preventiva, anche situazioni di malfunzionamento per uso privato delle funzioni, che, facilmente, possono essere ricondotte al concetto di *abuso*.

Il legame stretto tra abuso d'ufficio e corruzione è testimoniato altresì dal fatto che tale reato è ricompreso tra quelli considerati necessari dalla Convenzione di Merida del 2013 e dalla proposta di Direttiva del 2023; così come dal fatto che il reato di abuso d'ufficio è presente nelle legislazioni praticamente di tutti gli stati membri dell'Unione Europea.

Il reato è certamente applicabile alle imprese pubbliche: la questione relativa alla assoggettabilità delle stesse allo statuto penale della PA è da considerarsi infatti superata; è ormai pacifico nella giurisprudenza di legittimità che i dipendenti e gli amministratori di una società o ente che operi al di fuori della P. A. (e che abbiano formalmente natura privatistica), rivestono la qualifica di pubblici ufficiali o incaricati di un pubblico servizio con riferimento alle attività disciplinate da norme di diritto pubblico o alle attività che rivestano un interesse pubblico (*ex plurimis*, Cass., Sez. VI,

¹ Sobre este tema, de la misma autora: TORDINI CAGLI, S., *Peculato e malversazione*, *Dig. Disc. Pen.*, IX, Torino, 1995; TORDINI CAGLI, S. “Il reato di abuso d'ufficio tra formalizzazione del tipo e diritto giurisprudenziale: una questione ancora aperta”, *Penale. Diritto e procedura*, núm. 5, 2021.

13 giugno 2017, n. 36874, secondo cui “I soggetti inseriti nella struttura organizzativa e lavorativa di una società per azioni possono essere considerati pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, quando l’attività della società medesima sia disciplinata da una normativa pubblicistica e persegua finalità pubbliche, pur se con gli strumenti privatistici). D’altra parte, da un esame ricognitivo degli ambiti di rilevanza del reato di Abuso d’ufficio, si può certo affermare che il settore degli appalti, o comunque dell’attività contrattuale della P.A. siano settori privilegiati di applicazione della incriminazione.

Nonostante la rilevanza assunta da tale incriminazione nel più generale contesto della lotta alla corruzione, la fattispecie di Abuso d’ufficio in Italia è stata oggetto negli ultimi tempi di un serrato dibattito, sfociato infine nel disegno di legge governativo che, tra molte polemiche, ne sancisce l’abrogazione e che è in via di approvazione dal parlamento (DDL .C.1718)².

Questa decisione politica, molto controversa, è l’esito della lunga storia normativa ed interpretativa del reato: la storia di un mai trovato equilibrio nella relazione tra sindacato penale e discrezionalità amministrativa. La contrapposizione mai sopita **tra formante legislativo**, che con le riforme del 1990, 1997, 2020 ha cercato di restringere–se non di annullare–il controllo del giudice penale, e il **formante giurisprudenziale**, che ne dilata da sempre invece le maglie, è alla base delle disfunzioni della fattispecie: stretta tra il rischio di una dilatazione pervasiva nei confronti dei pubblici amministratori e quello di escludere dal divieto penale le condotte denotate da una effettiva gravità.

In breve, le maggiori criticità che vengono riscontrate nella scelta di una abrogazione secca della fattispecie sono così sintetizzabili:

- a) Ci si allontana dagli standard di armonizzazione di cui alla proposta di direttiva sulla lotta alla corruzione presentata dal Parlamento europeo e dalla Commissione nel 2023, rischiando una procedura di infrazione.
- b) Rischio di ampliamento di altre fattispecie più gravi al fine di soddisfare l’esigenza di reprimere forme di strumentalizzazione profittrice o prevaricatoria dei pubblici poteri.

² Encontrándose en prensa esta obra, el delito fue derogado por L. 9 agosto 2024, N. 114.

- c) Impunità delle condotte di mero pregiudizio o prevaricazione verso terzi, che producono solo danni al cittadino, arrecati in modo volontario, che non rientrerebbero nelle altre fattispecie
- d) il rischio di un pericoloso scivolamento nella tenuta dell'etica pubblica.

A favore, invece della abrogazione, il governo ha sostenuto le seguenti motivazioni:

- a) Ineffettività della norma dimostrata dallo squilibrio tra numero esiguo di condanne e numeri eccessivi di iscrizione delle notizie di reato
- b) Rischio penale diffuso e incerto per i pubblici amministratori: paura della firma
- c) Non necessità del reato in quanto il sistema dei reati contro la PA e il sistema preventivo anticorruzione vigente sono sufficiente.

La vacuità ed inconsistenza delle ragioni addotte per giustificare una tanto criticabile scelta sono dimostrate dalla recente novità di “politica legislativa” messa in atto dal governo che ha recentissimamente (luglio 2024) emanato un decreto legge con il quale ha inserito nel codice penale, una nuova ipotesi di reato, l’art. 314-bis che rappresenta una discutibile ibridazione tra l’ultima versione di abuso d’ufficio e il peculato per distrazione (abrogato nel 1990 ma ricondotto da sempre in via interpretativa nell’ipotesi di Abuso).

6. Il traffico di influenze illecite nell'ordinamento italiano¹

ILARIA MERENDA

*Profesora titular de Derecho penal
Università degli studi Roma Tre*

Il delitto di traffico di influenze illecite è stato inserito per la prima volta nell' ordinamento italiano dalla legge 6 novembre 2012 n. 190 (cd. legge Severino), con l'obiettivo di tutelare, in via anticipata, l'imparzialità della P.A. da eventuali interferenze esterne o dalla realizzazione di forme di reato più gravi, come la corruzione; il reato è stato infatti costruito come una sorta di “*delit obstacle*”, che sanziona comportamenti prodromici a futuri accordi corruttivi.

La fattispecie è stata oggetto di significative modifiche nel 2019 e di recente, nel luglio del 2024, il Parlamento ha approvato un'ulteriore riscrittura della norma: un reato quindi al centro del dibattito politico soprattutto per la sua possibile interferenza con l'attività di *lobbying*.

Al riguardo, va osservato come la formulazione attuale dell'art. 346 *bis* c.p. preveda due diverse modalità di realizzazione dell'intermediazione illecita: la c.d. mediazione onerosa e la c.d. mediazione gratuita. Nel primo caso il denaro o l'utilità data o promessa dal committente al mediatore sono finalizzate a remunerarlo per la mediazione illecita che quest'ultimo si è impegnato a svolgere sul pubblico agente; nel secondo, invece, l'utilità data o promessa è finalizzata alla remunerazione del pubblico agente da influenzare, in relazione all'esercizio delle sue funzioni (c.d. “traffico corruttivo” o a fini di corruzione attiva).

Se quest'ultima ipotesi, nella quale si punisce un comportamento pro-pedeutico alla commissione di una eventuale corruzione, è facilmente intelligibile dal punto di vista del disvalore e può sollevare semmai delle

¹ Sobre este tema, de la misma autora: MERENDA, I., “Il traffico di influenze illecite: nuova fattispecie e nuovi interrogativi”, *Diritto penale contemporaneo*, 2013; MERENDA, I., “Trafico di influenze illecite e millantato credito nel senso della continuità? Alcune osservazioni critiche”, *Archivio penale*, 2015.

perplessità relative ad un eccessiva anticipazione della soglia di punibilità più problematica è invece l'altra modalità di realizzazione del reato, vale a dire quella in cui il patto ha ad oggetto una mediazione di per sé illecita.

I problemi più delicati si pongono proprio in relazione al compimento di quelle attività di rappresentanza di interessi particolari, esercitate in forma professionale, presso istituzioni o amministrazioni pubbliche –le c.d. attività di *lobbying*– il cui obiettivo è quello di influenzare le determinazioni dei decisori pubblici per adeguarle alle esigenze del gruppo rappresentato. Un'attività che, se correttamente esercitata, può senz'altro contribuire alla dinamica democratica, ma che sconta nel sistema italiano una notevole ambiguità perché, nell'assenza di una adeguata regolamentazione del settore, le *lobbies* continuano a partecipare ai processi decisionali in modo tendenzialmente occulto, rendendo difficile tracciare una precisa linea di confine tra la legittima attività di influenza e quella esercitata indebitamente.

Proprio tenendo conto di questi aspetti, nella prospettiva di conferire maggiore determinatezza alla figura criminosa, il recente intervento normativo ha cercato di tipizzare il concetto di mediazione illecita preso in considerazione dal legislatore, in modo da definire più precisamente il tipo di attività preclusa al mediatore, specificando che «*per mediazione illecita si intende la mediazione per indurre il pubblico ufficiale ... a compiere un atto contrario ai doveri di ufficio costituente reato dal quale possa derivare un vantaggio indebito*». Una modifica che riduce sensibilmente l'ambito applicativo della fattispecie, lasciando fuori le ipotesi più problematiche e di più difficile qualificazione in cui il mediatore cerca di orientare scelte di per sé lecite del pubblico ufficiale, rientranti nel margine dell'esercizio della sua discrezionalità amministrativa e rispetto alle quali il rischio di interferenza con l'attività di lobbying presentava i profili di maggiore criticità.

La questione coinvolge ovviamente anche le imprese pubbliche, specie in considerazione del fatto che il traffico di influenze illecite è inserito nel catalogo dei reati presupposto previsti ai fini della responsabilità da reato dell'ente dal d.lgs 231/2001 (art. 25). Nella prassi, l'ipotesi di più probabile verificazione potrebbe essere quella del dipendente dell'impresa pubblica che si fa dare o promettere un'utilità come prezzo della propria mediazione illecita presso un altro soggetto pubblico che può ricoprire, ad esempio, un ruolo istituzionale. Si tratta di casi in cui, potendo essere lo stesso agente a sua volta un pubblico ufficiale, troverebbe tra l'altro applicazione l'ipotesi aggravata di traffico di influenze illecite prevista dal quarto comma dell'art. 346 bis c.p. Chiaramente, affinché il reato possa

essere imputato all'ente, l'utilità data o promessa al mediatore deve avere dei riflessi positivi, anche meramente potenziali, sull'attività dell'impresa pubblica, per integrare i requisiti dell'interesse o vantaggio richiesti ai sensi dell'art. 5 del d.lgs 231/2001.

7. El compliance que viene: el sector público, los delitos contra el medio ambiente y las exigencias del desarrollo sostenible¹

MARÍA JOSÉ PIFARRÉ DE MONER

Profesora Lectora

Universitat Autònoma de Barcelona

La nueva propuesta de Directiva europea sobre el medio ambiente mediante el Derecho penal (1.12.2023)² que en breve sustituirá a la aún vigente Directiva 2008/99/CE de 19.2008, renueva y amplía profundamente la política criminal de la Unión Europea en la materia y crea un cuerpo de delitos mucho más complejo y articulado que el que está actualmente en vigor. La propuesta, además, se inserta en una tupida red de iniciativas europeas en materia de sostenibilidad que van desde la Directiva (ya en vigor) acerca de la información sobre sostenibilidad por parte de las empresas (Directiva 2022/2464 de 14 de diciembre 2022) a la propuesta de Directiva sobre la diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad (23 de febrero de 2022). En el concepto de sostenibilidad delineado por el legislador europeo la protección del medio ambiente y del clima asumen un papel de relevancia capital.

Por todo ello, en un futuro próximo se dibuja no solo una renovación y una potenciación de la normativa penal de los Estados miembros de la

¹ Sobre este tema, de la misma autora: PIFARRÉ, M.J., “Medio ambiente, sostenibilidad y política criminal europea hacia una nueva Directiva penal de la UE”, *Revista General de Derecho Penal*, núm. 41, 2024; PIFARRÉ, M.J., “Particularidades de las compliance en el SPE, en una perspectiva comparada”, en *Canales de denuncia y prevención de la corrupción a la luz de las transformaciones del sector público, las exigencias europeas y la experiencia italiana, Estudios Penales y Criminológicos* (en prensa).

² Encontrándose en prensa esta obra fue aprobada la Directiva (UE) 2024/1203 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, *relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y por la que se sustituyen las Directivas 2008/99/CE y 2009/123/CE*.

Unión Europea en materia de protección del medio ambiente y del clima (que a raíz de estas iniciativas europeas se perfila como un nuevo bien jurídico merecedor de protección a través del Derecho penal), sino que como consecuencia de ello, además, crea la necesidad de adecuar e integrar el *compliance* en las empresas, privadas y públicas, para satisfacer estas nuevas y amplias exigencias en materia de protección del medio ambiente y del clima. Esto puede afectar evidentemente a todas las empresas, pero aún en mayor medida a aquellas que gestionen recursos naturales como aguas, zonas boscosas o de montaña, puertos, etc. o que los consuman en modo especial como puedan serlo las empresas de transportes entre otras muchas.

8. El delito de revelación de secretos ante la evolución del sector público institucional: la experiencia de los puntos de encuentro familiar¹

PAZ LLORIA GARCÍA

Catedrática de Derecho penal
Universitat de València

En el marco objeto del congreso, resulta evidente que hay una progresiva asunción de funciones públicas por parte de personas físicas y jurídicas ajena a la Administración Pública nuclear y esto plantea problemas interpretativos en los delitos de revelación de secretos por parte de funcionario (arts. 413 ss. CP, ubicado en el Tít. XIX), de los que depende la efectiva protección de los ataques a la intimidad desde la especial posición de poder que deriva del ejercicio de tales funciones.

La cuestión en este ámbito se plantea en tres vertientes.

Tomando como punto de partida la distinción de GARCIA ARÁN, de la responsabilidad “de” las empresas y “en” las empresas, habrá que dilucidar, en primer lugar, si en los casos que aquí se analizan, las empresas que desarrollan los servicios públicos forman parte o no de los denominados entes públicos empresariales, y de ahí habrá que deducir si les corresponde, o no, sufrir las sanciones penales previstas para las personas jurídicas

¹ Sobre este tema, de la misma autora: LLORIA GARCÍA, P., “La difusión tecnológica de imágenes íntimas sin consentimiento como manifestación de la violencia de género”, en Fernández Teruelo y Fernández-Rivera, (Dirs.): *Nuevas formas de prevención y respuesta jurídico-social frente a la violencia de género*, Aranazadi, 2022; LLORIA GARCÍA, P.: “Menores, redes sociales e intimidad” en Anarte Borrallo, Moreno Moreno y García Ruiz (Coords), *Nuevos conflictos sociales el papel de la privacidad*, Iustel, 2015; LLORIA GARCÍA, P., “El delito de revelación de secretos ante la evolución del sector público institucional: la experiencia de los puntos de encuentro familiar”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

o si quedan excluidas por entrar dentro de las previsiones del art. 31 *quinquies* (por lo tanto, responsabilidad “de” las empresas).

En segundo lugar, habrá que concretar si los profesionales encargados del servicio público, que no son funcionarios, responden o no responden como tales funcionarios, cuando hablamos de la responsabilidad “en” la empresa.

Y, en tercer lugar, habrá de determinarse hasta qué punto actuaciones, realizadas o no por funcionario, forman parte del concepto de secreto, o si afectan a la intimidad o si se realizaron o no con abuso del ejercicio del cargo, y por lo tanto, si los responsables responden como particulares o como funcionarios, lo que está directamente vinculado con la interpretación de los arts. 197 y 198 del CP por un lado, y de los artículos 416 y 417 CP, por otro.

El caso que se toma como ejemplo es el de la prestación de servicios públicos que llevan a cabo los PEF (puntos de encuentro familiar). Se trata de un instrumento de la Administración destinado a dar cumplimiento a los derechos de relación y comunicación de los niños con sus familiares, en caso de separación o divorcio de los progenitores, o de ejercicio de la tutela por parte de la Administración. Esta actividad, indudablemente constituye un servicio público cuya titularidad corresponde a la Administración, que externaliza mediante adjudicación la prestación del servicio a entidades empresariales de naturaleza privada (no son empresas públicas ni sociedades mercantiles públicas), siendo que la Conselleria se reserva la dirección técnica. En este sentido es la propia Conselleria competente (en el caso de la Comunidad Valenciana la de Servicios Sociales, Igualdad y Vivienda) quien dicta los protocolos y realiza la supervisión de la actividad técnica, mediante el seguimiento de los expedientes y reuniones periódicas con las responsables de la coordinación.

Las actividades que se realizan, entre otras, son las de dar cumplimiento al régimen de visitas de los niños, niñas y adolescentes con sus progenitores y resto de familiares cuando, en virtud de resolución judicial, ese régimen no puede ser celebrado de manera ordinaria, entre otras funciones. Ello supone dar cumplimiento a medidas establecidas en resolución judicial, en estrecho contacto con los órganos judiciales, pudiendo el PEF, en ocasiones, hasta matizar el sentido de las resoluciones judiciales en atención a la evolución de las visitas o de las propias necesidades del servicio (reducir el número de visitas decretadas por el juzgado si se estima conveniente, por la situación psicológica del menor o la falta de adecuación del familiar). Sin embargo, estas actividades, íntimamente vinculadas a la Administración de justicia, no se llevan a cabo por funcionarios en sentido estricto, sino que la

prestación del servicio queda en manos de una entidad privada, encargada de la contratación de los/las profesionales que prestan el servicio público a través de una entidad de gestión y capital privado, pero bajo la dirección técnica de la Administración.

Ciertamente, como he adelantado, las empresas que desempeñan esta actividad no forman parte del conjunto de entes públicos empresariales, en atención a los requisitos que para la consideración de los mismos se deriva de las exigencias de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Parece evidente que, con este planteamiento, estaríamos ante empresas privadas que no pueden entrar dentro de las exenciones del art. 31 *quinquies*. Y que, en el caso de producirse alguno de los delitos previstos en los artículos 197 y ss. del CP, deberían responder por las reglas generales del art. 31 bis, en atención a lo previsto en el art. 197 *quinquies*. Lo que no deja de resultar curioso, pues es la Administración quien dicta los protocolos de actuación y supervisa la misma, siendo además, que se trata de una actividad de alguna manera vinculada al ámbito de la justicia y, por lo tanto, de las reservadas.

Pero esto no es todo. En estos servicios se trabaja con material y datos especialmente sensibles (en muchas ocasiones situaciones de violencia de género, o de exclusión social, problemas de salud mental, ingresos en prisión, etc.). Datos que exigen de una gran confidencialidad y que, de revelarse, no podrían castigarse en atención a las previsiones de los delitos de funcionarios. Es decir, no se podrían incluir entre las conductas de los artículos 416 ó 417 CP, y entraríamos aquí en la responsabilidad por los delitos cometidos “en la empresa”, ya que las profesionales encargadas de los seguimientos e informes (que después ilustran al juez para mantener, ampliar o variar las medidas relativas al régimen de visitas de los niños, niñas o adolescentes), no son funcionarias a los efectos del art. 24 del CP. Y tampoco podrían serlo por la ampliación prevista para otras situaciones cuando se realizan actos de prestación de servicio público, al no incluir, nuestro art. 24, una previsión similar a la que existe en el derecho penal italiano que afecte a estos delitos. Ni siquiera podríamos aplicar el art. 416 CP que hace referencia a la custodia accidental de documentos por parte de particulares, dado que no se trata de una custodia momentánea, temporal o accidental, sino que estas empresas se ocupan de manera principal y directa, de las entrevistas, seguimiento e informe, de todos los asuntos que tienen que ver con la vigilancia del cumplimiento de las visitas supervisadas por profesionales.

Evidentemente la indeterminación del concepto de funcionario público, que es la llave de entrada ordinaria a los delitos contra la función pública, expulsa las actividades delictivas de esta naturaleza del ámbito de los delitos de corrupción. Ahora bien, no por ello pierde relevancia la delimitación del concepto de funcionario, pues no existe una coincidencia absoluta entre los delitos que pueden ser cometidos por unos y otros, así como tampoco entre los delitos especiales del Título XIX del CP y los comunes del Título X (arts. 197 ss., especialmente art. 198 del CP), que entrarían en aplicación con carácter subsidiario, en su caso, como ya he dicho.

La cuestión no se plantea solo en el ámbito del caso tomado como ejemplo, sino que también se produce en el supuesto, bastante habitual, de vigilantes jurados en lugares como los puertos y aeropuertos, que disponen de información que afecta a la seguridad (rondas de policías, lugares de registro de contenedores, etc.), que revelan dicha información a cambio de precio a los contrabandistas, para eludir la posible persecución policial.

En la mayoría de ocasiones, se condena por los delitos comunes del art. 197 y ss. por razón del sujeto activo común, pero no solo por eso.

Una cuestión específica que afecta a estos delitos es la de la delimitación típica del alcance del concepto de secreto, que es diferente al de confidencialidad e intimidad, lo que puede llevar a situaciones complejas, en atención a la naturaleza de los datos y de la propia delimitación doctrinal y jurisprudencial del bien jurídico protegido en estas figuras, no siempre claro.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, el criterio delimitador entre el art. 197.2/198 y el art. 417.2 debe hallarse en que, si bien en ambos casos existe un deber funcional de secreto, en el primero el sujeto “se apodera” ilegalmente, mientras que en el segundo la toma de conocimiento es legítima.

Trasladando esta doctrina al supuesto de las profesionales de los PEF, por ejemplo, si se obtiene la información en el ejercicio de la función y por razón del expediente y posteriormente divultan dicha información, quedarían fuera del artículo 417 por no ser funcionarias, y fuera del artículo 197.1 por estar autorizadas, lo que genera un vacío difícil de cubrir, salvo que consideremos que pudieran entrar en el ámbito de aplicación del art. 199 (secreto profesional) que sabemos que se encuentra en cierto modo limitado.

A este problema se añade que en otras ocasiones puede discutirse el carácter secreto de la información. Sin embargo, ello no impide la aplicación

del art. 417 CP, siempre, por supuesto, que pueda afirmarse la condición de funcionario de su autor, discutida en el caso de las trabajadoras de los PEF, que prestan servicios públicos a través de un servicio externalizado.

Estas primeras conclusiones, se desarrollan más extensamente en el capítulo del libro colectivo al que se hace referencia en nota a pie de página.

9. L'ente pubblico economico tra modelli di gestione e tutela della persona-lavoratore. Quale ruolo per il diritto penale?¹

FRANCESCA CURI

Catedrática (acr.)

Alma mater studiorum Università di Bologna

La tutela dai rischi psicosociali della persona-lavoratore, sia in veste di dipendente pubblico che privato, negli ultimi decenni si è andata arricchendo di strumenti legislativi sempre più articolati e specifici. Alle origini della patologia ‘stress da lavoro correlato’ c’è una inadeguata organizzazione aziendale, che comporta una responsabilità del datore di lavoro (tanto pubblico, quanto privato) come persona fisica, ma che può coinvolgere anche l’ente nella sua dimensione collettiva, grazie al combinato disposto con il d.lgs.231/2001.

Il Testo unico sulla sicurezza sul lavoro (d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, così come modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n. 106) richiama espressamente l’obbligo per il datore di lavoro di valutare il rischio stress lavoro-correlato e di attuare interventi di più ampio respiro, che possono anche incidere sull’assetto stesso della sua impresa, con una *escalation* di impegno e di efficacia di intervento, che non si ritrova nelle “semplici” misure tecnico-operative, adottate per la prevenzione di eventi dannosi di tipo fisico.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: CURI, F., “Un caso di sfruttamento lavorativo deciso dalla corte europea dei diritti dell'uomo: qual è la strada da percorrere?”, *Penale*, 2020; CURI, F., “La responsabilità degli enti per infezione da Covid-19”, *Sicurezza sul lavoro. Profili penali*, Giappichelli, 2023; CURI, F., *La tutela penale del lavoratore dai rischi psicosociali: stress da lavoro-correlato e mobbing*, *Sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2023; CURI, F., *L'imprenditore persona giuridica: il 'sistema 231' nel combinato disposto con il testo unico salute e sicurezza sul lavoro*, *Sicurezza sul lavoro*, Giappichelli, 2023; CURI, F., *La tutela del benessere lavorativo negli enti pubblici e privati: per un ruolo sussidiario del diritto penale. A proposito di una compliance integrata e una colpevolezza responsiva*, Torino 2024.

Gli adempimenti organizzativi richiesti al datore di lavoro e all'ente dall'art. 30, d.lgs. 81/08, implicano una strategia di pianificazione ed implementazione di una serie di misure che fronteggino adeguatamente il fattore stress. Poiché gli illeciti in tema di sicurezza sul lavoro sono illeciti che nascono dall'organizzazione e nell'organizzazione si manifestano, tanto la loro prevenzione quanto la loro repressione presuppongono un'ottica organizzativa, rivelandosi perciò puramente illusorio pretendere di risolvere tutti i problemi solo attraverso "l'individualizzazione" sia della prevenzione, che della repressione.

Conferendo trasparenza alle procedure ed alle funzioni aziendali tramite i vari strumenti di monitoraggio e di audit, i modelli di organizzazione di gestione consentono all'impresa di riflettere su sé stessa, di verificare il proprio modo di procedere, di autovalutarsi e di correggersi, ove necessario. Essi costituiscono uno strumento sempre più necessario per assolvere i complessi precetti prevenzionistici e, al contempo, per ottimizzare il complessivo sistema aziendale.

Un approccio moderno e attuale considera i fattori di rischio psicosociale come una mappa con cui l'azienda – sia essa pubblica o privata, indifferentemente – può costruire un percorso proprio di conoscenza e crescita, individuare misure di prevenzione adeguate e progettare lo sviluppo di competenze interne o l'acquisizione di professionalità, che garantiscano un miglior funzionamento dell'organizzazione, in un'ottica di benessere individuale e collettivo.

Dal modello produttivo fordista-taylorista, nel quale il lavoro era svuotato di ogni componente in senso lato "intellettuale", ridotto ad attività meramente ripetitiva, a pura e semplice erogazione di energia, si giungere attraverso un vero e proprio cambio di paradigma a porre al centro l'uomo adattando il lavoro alle sue esigenze, in rapporto alle sue caratteristiche.

Da qui la lettura di una stretta relazione tra benessere organizzativo, benessere dei lavoratori ed efficienza degli enti pubblici come un tutt'uno nel quale l'interesse dei lavoratori ad un'organizzazione del lavoro sana e trasparente si lega inscindibilmente all'interesse dell'ente ad una organizzazione, che consenta di erogare i propri servizi nel modo più produttivo ed efficiente. La traduzione di questo nuovo schema, che mira a salvaguardare la salute della persona lavoratore e al contempo ad assicurare efficienza del processo produttivo, in un'ottica *ex ante* di tipo promozionale, è replicabile anche nel contesto *lato sensu* penale, a condizione che si faccia un uso più penetrante dell'apparato 231.

Provando a non assecondare schemi di tipo sanzionatorio, si può pensare ad una chiave di intervento innovativa, che promuova modelli premiali, incentivando comportamenti virtuosi, capaci di valorizzare il benessere lavorativo. Una premialità, che passi dalla ristrutturazione dell'assetto organizzativo e sia, riferita al cosiddetto sistema 231, può rappresentare un importante terreno di prova.

10. Percezione indebita di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p. italiano; art. 308 §§ 1 e 4 c.p. spagnolo) e malversazione ai danni dello Stato (art. 316-bis c.p. italiano; art. 308 §§ 2 e 4 c.p. spagnolo)¹

LUDOVICO BIN

*Profesor investigador de Derecho penal
Università di Modena e Reggio Emilia*

La percezione indebita di erogazioni pubbliche (art. 316-ter c.p. italiano; art. 308 §§ 1 e 4 c.p. spagnolo) e la malversazione ai danni dello Stato (art. 316-bis c.p. italiano; art. 308 §§ 2 e 4 c.p. spagnolo), se commessi nell'ambito di società a partecipazione pubblica, presentano alcuni problemi particolari.

In primo luogo, può essere complesso capire se la natura del finanziamento è realmente pubblica, qualora esso sia erogato da una società a partecipazione pubblica: in caso contrario, infatti, non potrebbe essere integrato nessuno dei due reati sopra menzionati. Recentemente, in Italia, il problema si è posto rispetto ai finanziamenti post-Covid: è stata infatti prevista la possibilità, per le piccole e medie imprese, di beneficiare di mutui “di scopo” finanziati da un ente privato (una banca) ma garantiti da una società privata controllata dallo Stato. Il fatto che il prestito fosse solo garantito da una società pubblica ha posto dunque il problema se, nel caso di utilizzo del finanziamento per scopi diversi da quelli pattuiti, fosse applicabile il reato di malversazione. Il problema riguarda naturalmente anche la fase di percezione dell’erogazione: il riconoscimento della natura

¹ Sobre este tema, del mismo autor: BIN, L., “La responsabilità amministrativa da reato delle società pubbliche tra 231 e anticorruzione”, *Rivista Guardia Finanza*, núm. 5, 2022.

pubblica dell'ente che eroga il finanziamento può infatti trasformare una truffa tra privati in un più grave reato contro la pubblica amministrazione, con evidenti problemi rispetto al principio di colpevolezza.

In secondo luogo, con riguardo all'utilizzo indebito dei fondi pubblici, se la società che ha ricevuto il finanziamento è a partecipazione pubblica e viene quindi riconosciuta la natura di diritto pubblico, il reato integrato diventa più grave: il peculato (*malversación*: art. 432 c.p. spagnolo). Dal punto di vista della prevenzione, è di fondamentale importanza che l'organismo di controllo della società partecipata non sia interamente composto da membri dell'amministrazione controllante, perché altrimenti sorge il rischio di accordi collusivi per nascondere un peculato attraverso il sistema dei finanziamenti pubblici.

In terzo luogo, rispetto alla percezione indebita, un profilo di rischio particolare riguarda la responsabilità dell'ente pubblico controllante nel caso in cui l'amministratore della società controllata non abbia i requisiti per ottenere i finanziamenti per i quali quella stessa società è stata creata. In caso di commissione di un reato di indebita percezione, dunque, potrebbe concretizzarsi una responsabilità civile dell'ente pubblico (per culpa in eligendo) rispetto agli eventuali interessati al finanziamento danneggiati. Inoltre, potrebbe sussistere anche una colpa in vigilando nel caso in cui l'amministratore della società controllata destini ripetutamente i fondi ottenuti a destinazione diversa da quella dovuta. Pertanto, la prevenzione richiede una attenta verifica sulle qualificazioni dell'amministratore scelto e sulle modalità di spesa dei fondi ottenuti.

I reati in esame pongono infine un problema rispetto alla pena, ulteriore rispetto a quello "generale" (che riguarda l'opportunità politico-criminale di sanzionare pecuniariamente una società a partecipazione pubblica, visto il rischio di compromettere la sua stabilità finanziaria, e quindi di frustrare lo scopo pubblistico che esso persegue): alla sanzione si aggiunge infatti anche la perdita del finanziamento indebitamente ottenuto o indebitamente utilizzato, con conseguenze potenzialmente letali per l'ente partecipato.

PARTE V

CUESTIONES

PROCESALES

1. La Justicia restaurativa como estrategia de abordaje de la corrupción en el SPE¹

DANIELA GADDI

*Profesora lectora de Derecho penal
Universitat Autònoma de Barcelona*

La intervención propone una reflexión sobre la justicia restaurativa como estrategia de abordaje de la corrupción en el sector público empresarial.

Sobre la base de una visión de la justicia restaurativa como intervención, por un lado, complementaria al proceso penal y, por el otro, necesariamente articulada con otras intervenciones institucionales dirigidas a abordar aspectos de carácter más general, se analizan fortalezas y debilidades de un enfoque que daría paso a la participación de la ciudadanía en la búsqueda de soluciones compartidas, dirigidas a la reparación de la perdida de confianza institucional y social como daño social específico causado por la corrupción.

Se destaca la comprobada capacidad de la justicia restaurativa para abordar delitos complejos, especialmente en aquellos casos en los que se han perjudicado intereses supraindividuales, y se analiza su capacidad para dar respuesta a los daños materiales e inmateriales derivados de la corrupción en el sector público empresarial.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: GADDI, D., “Materiales para una conformidad restaurativa”, *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. 40, 2020; GADDI, D. / RODRÍGUEZ PUERTA, M.J., “Towards a restorative justice approach to white-collar crime and supra-individual victimisation”, *The International Journal of Restorative Justice*, Vol. 5, núm. 2, 2022; RODRÍGUEZ PUERTA, M.J. / GADDI, D., “La posible aplicación de la justicia restaurativa en la delincuencia económica en la fase de enjuiciamiento: Una exploración empírica”, *Centro de Estudios Jurídicos y Formación Especializada, Generalidad de Cataluña*, 2022; GADDI, D., “Corrupción, perdida de confianza social y justicia restaurativa”, *Estudios penales y criminológicos*, vol. 43, 2023; GADDI, D., “La justicia restaurativa como estrategia de abordaje de la corrupción en el sector público empresarial”, en Cugat Mauri (dir.), *La prevención de la corrupción en las empresas públicas*, Tirant lo Blanch (en prensa).

Empleando como ejemplo un caso de corrupción que ha afectado a una sociedad mercantil pública, se analizan las posibles implicaciones de un abordaje restaurativo para este tipo de situaciones. Se resalta en particular la oportunidad, para casos tan complejos, de llevar a cabo la implementación de procesos restaurativos en la etapa de la ejecución de la pena, concretamente en el marco del programa de tratamiento para delincuentes económicos PIDEKO, que también contempla la implementación de prácticas restaurativas. Se indican a continuación los posibles participantes del encuentro restaurativo en el caso en cuestión, y se describe la forma en que podría articularse, resaltando la importancia de atender también a los daños sufridos por las personas informantes, si hubiera.

Se concluye subrayando la importancia de, una vez alcanzado el acuerdo restaurativo, continuar promoviendo la participación ciudadana, generando procesos de diálogo entre ciudadanía e instituciones que contribuyan a disminuir la percepción de opacidad y distancia de la administración pública, otorgando a la sociedad civil un papel activo en la construcción de una cultura institucional de integridad y responsabilidad.

2. Oportunidad o “el arbitrio de mecanismos alternativos al (ejercicio) de la acción penal”¹

VERÓNICA LÓPEZ YAGÜES

Profesora Titular de Derecho Procesal

Universidad de Alicante

El enjuiciamiento de la delincuencia económica, en forma de corrupción y otras, es uno de los marcos en los que resultan más acusados los signos de agotamiento del modelo de justicia penal vigente.

El actual, se apoya en un proceso penal informado por principios que, solo con dificultad –y no siempre- responde a las exigencias que impone una eficaz y eficiente persecución de esta singular criminalidad.

La vigencia de un estricto principio de legalidad, rector en el plano formal del proceso que acoge la doblemente centenaria LECrim es muestra de ello y, por esta razón –en mi opinión- uno de los aspectos más necesitados de revisión

¹ Sobre este tema, de la misma autora: LÓPEZ YAGÜES, V., “Mediación y proceso judicialinstrumentos complementarios en un Sistema integrado de Justicia Civil (1)”, *Práctica de tribunales. Revista de derecho procesal civil y mercantil*, núm. 137, 2019; LÓPEZ YAGÜES, V., “La mediació com a via d'accés a una justícia eficaç, eficient, pròxima i satisfactòria per a la ciutadania”, *DretsRevista valenciana de reformes democràtiques*, núm. 6, 2022; LÓPEZ YAGÜES, V., “La eficacia de los MASC como presupuesto de su eficiencia en la gestión de conflictos derivados de incumplimientos contractuales”, *Actualidad civil*, núm. 12, 2023; LÓPEZ YAGÜES, V., “La mediación y otros MASC bajo el paraguas de un nuevo concepto del derecho de acceso a la justicia y el deber de asegurar la eficacia y sostenibilidad del sistema”, Calaza López (dir.), *De los ADR (Alternative Dispute Resolution) a los CDR (Complementary Dispute Resolution) en la Jurisdicción civil*, Tirant lo Blanch, 2023; LÓPEZ YAGÜES, V., “Aspectos negociales de la conformidad de la persona jurídica”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 63, 2024; LÓPEZ YAGÜES, V., “La mediación y otros MASC”, Vázquez De Castro (coord.), *Habilidades y procedimientos en la mediación. De la teoría a la práctica de los MASC*, Aranzadi, 2024.

Es tiempo de afrontar grandes retos y el proceso penal que se sigue frente a organizaciones y empresas recoge muchos de ellos; tiempo de abordar grandes cambios con los que dar cabida, aunque no incondicionalmente ni de forma desmedida, a instituciones y fórmulas que, sin perder de vista la legalidad, se sustenten en reglas de oportunidad, al servicio de esos otros fines constitucionales a los que ha de servir el proceso, siempre postergados al que representa la aplicación del derecho penal en sus estrictos términos.

Quien suscribe es consciente de la discusión que concita esta idea. Lo cierto es que pocas cuestiones despiertan un debate tan amplio e intenso, como el que rodea a la oportunidad, un debate que arranca en el concepto y naturaleza –si discute si es o no, en rigor, un principio- alcanza a su fundamento, y que se extiende y crece en complejidad a la hora de resolver la conveniencia o no de su incorporación a la norma procesal y, de ser así, la amplitud o intensidad con la que hacerlo.

Determinar si puede o debe operar, cualquiera que sea el marco delincuencial o, por lo que aquí interesa, si la singularidad de los delitos de corrupción y, en particular, los cometidos en el seno de organizaciones o empresas –singularmente, del sector público- determina que, en su enjuiciamiento, no deba operar la oportunidad.

En la búsqueda de respuestas a esta suma de cuestiones se ha de partir de esta primera idea: legalidad y oportunidad no son, ni han de entenderse principios contrapuestos; servirse de la segunda –oportunidad- no implica ignorar o infringir la primera. Bien entendida, la oportunidad solo es aplicable dentro de la legalidad –de ahí, su compatibilidad- y tiene perfecto ajuste constitucional. Y, encuentra justificación en razones de interés público o social, esto es, a) la falta de interés público en la persecución del delito, dada la escasa lesión social que provoca, b) razones que enlazan con la necesidad de pronta reparación a la víctima y la evitación, en su caso, de los efectos criminógenos que se derivan de la aplicación de ciertas penas (cortas o leves); c) contribuir a una justicia material por encima de la justicia formal; d) razones tendentes a favorecer el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Aun consciente de la *contradictio in terminis* que encierra esta denominación, son razones por las considero que ha de darse entrada en la LECrime, a un principio de oportunidad “reglada”

Dar cabida en el ordenamiento procesal penal a este principio y, con él, a la posibilidad de conferir al órgano responsable de la persecución penal, la facultad de disponer total o parcialmente, del ejercicio y sostenimiento

de la acción penal, en situaciones determinadas y siempre que concurran determinados presupuestos legalmente previstos, es consecuencia –insisto– de la irrenunciable presencia del principio de legalidad procesal.

Incorporar instituciones informadas por criterios de oportunidad implícata, facultar al órgano Fiscal para, en el caso concreto, tras ponderar ciertas circunstancias y tener en consideración factores que la propia ley ha de precisar, no iniciar el procedimiento o poner fin al ya iniciado, si estima innecesaria o inadecuada la persecución del delito; o, en caso de considerar oportuna su persecución, no interesar la aplicación, en toda su extensión o magnitud, de la pena o consecuencia jurídica que el Código penal anuda a su comisión (bien porque el propio legislador así lo prevea o determine, bien permitiendo acuerdos, a estos efectos).

La articulación del principio de oportunidad, en esta segunda vertiente, está en la base de la institución que representa la conformidad. En realidad, la oportunidad está presente –aunque de forma tenue y dispersa– en la LECrim, de forma que el cambio por el que desde estas páginas se aboga no es abrupto ni consiste en la entrada, de forma generalizada y en toda su magnitud y alcance, del principio de oportunidad, sino una limitada incorporación como “mecanismo alternativo al ejercicio incondicional o inflexible de la acción penal”.

Es, en cualquier caso, dar un paso más allá, activar una oportunidad acotada a márgenes legales predefinidos, alejada de la que podría derivarse de una abierta concesión de discrecionalidad técnica al órgano fiscal en la interpretación del ámbito de aplicación de la norma penal.

En definitiva, dar entrada a criterios de política criminal fundamentados en la no necesidad de imposición de la pena, como respuesta estatal a la comisión del delito o su minoración, en atención a ciertas circunstancias concurrentes en el caso concreto y para satisfacción de fines constitucionales también determinados, todo ello, sin perder de vista los riesgos que esa llegada de la oportunidad puede comportar y que se resumen en la amplitud (excesiva) de su alcance, la masificación de su uso y “su maleabilidad, pragmatismo y utilitarismo” hasta el punto de su convertirse en vía de escape a la crisis del sistema penal, riesgos que, en la medida en que se conocen, pueden y deben ser neutralizados. Es, por ello, preciso establecer una suma de criterios de oportunidad en los que habrá el fiscal de fundamentar la decisión de ejercitarse o no la acción penal, de interesar o no la apertura del juicio oral.

En el Ordenamiento jurídico español, actualmente, la oportunidad está presente en la LECrim, aunque de forma tenue y dispersa, cuando

su proyección es, o puede ser, muy amplia. Esa suma de efectos incide, cuando menos, en tres marcos (a los que se refirió el pronto naufragado ALECrим de 2020, último intento frustrado de transformar el sistema de justicia penal).

II. El arbitrio de mecanismos alternativos al (ejercicio) de la acción penal

III. Oportunidad e incorporación de fórmulas de Justicia restaurativa²

I. OPORTUNIDAD Y SU REFLEJO EN EL INSTITUTO DE LA CONFORMIDAD

En lo que atañe a la institución de la conformidad, la necesidad de revisión o reforma es evidente. La conformidad de la persona física y la que acoge la persona jurídica parece sujeta a presupuestos y requisitos comunes cuando, por razón de su singularidad, precisa de un régimen específico propio. El legislador habría de prestar especial atención, a los presupuestos y marco de aplicación de la conformidad de la persona jurídica, sin descuidar los requisitos, de fondo y forma, a observar para entenderse válidamente prestada y ofrecer solución a las consecuencias que se derivan de la disonancia entre posturas y posible disociación de la conformidad de la persona jurídica, unilateral o independiente de la persona jurídica encausada. Además, habría de traerse a debate la cuestión relativa a los aspectos negociales de la conformidad –estrechos y silentes, pero presentes en la LECrim- y que hacen que a la conformidad venga asociada a una rebaja punitiva.

II. EL ARBITRIO DE MECANISMOS ALTERNATIVOS AL (EJERCICIO) DE LA ACCIÓN PENAL

El pre legislador ha puesto la mirada en la regulación que, a este respecto, contiene el Código procesal penal portugués y la Ordenanza procesal alemana, dando forma a dos modalidades de oportunidad, según afirma, sujetas a límites más severos que los que los acotan en esos otros Ordenamientos cercanos, y sometidos a estricto control judicial.

² Obviaré el análisis, puesto que es materia amplia y magníficamente tratada por el equipo de investigación de la UAB.

El ALECrim 2020 proponía un doble supuesto en el que, por razón de oportunidad, la causa podría ser archivada o sobreseída.

1. El “archivo por oportunidad”, reservado a los supuestos de delitos castigados con pena que no excede de dos años de prisión”, con exclusión de ciertos ilícitos y, en particular, la corrupción pública o privada –por lo inadecuado, a estos efectos, de la materia- y los cometidas con violencia o intimidación –por su incompatibilidad con la finalidad perseguida con la institución- o contra víctimas menores de trece años, sin otra justificación.
2. De otro lado, y dentro de un margen de penalidad no superior a los cinco años de privación de libertad, articula el designado como “archivo o sobreseimiento bajo condición”, en atención a la concurrencia de ciertos requisitos y con sujeción a ciertos límites que la propia norma señala.

En este supuesto, conforme hace intuir su denominación, el cierre o archivo de la causa queda bajo la suspensiva condición de que el encausado cumpla determinadas prestaciones u observe las reglas de conducta que se determinen, tendentes a la reparación del daño causado por la comisión del delito; una solución esta, que puede favorecer a la persona jurídica (organización o empresa), en la medida en que evita el enjuiciamiento y el estigma que este conlleva, y neutralizar el tan temido riesgo reputacional, pero, también al Estado, toda vez que obvia la necesidad de afrontar complejas y costosas investigaciones, sirviéndose de la colaboración de la propia persona jurídica. Además, permite lograr la vuelta a la legalidad de la organización o empresa, con la implementación de un adecuado *compliance* o su mejora, cambios en la estructura y organización de la empresa y una pronta (y efectiva) reparación del daño causado por la comisión del delito y, si no evitar, sí minimizar el riesgo de reincidencia.

Oportunidad y proceso penal de la persona jurídica constituyen un obligado binomio en el que ha de poner el foco el legislador, a la vista de las ventajas que, tanto para la entidad, cuanto para el propio Estado puede reportar su articulación y, en particular, pero no solo, la evitación del juicio; además, se ha de ser consciente de las limitaciones de la conformidad para evitar la estigmatización de la organización o empresa, y el daño económico que, junto al reputacional y otros colaterales –derivados del debilitamiento de su posición en el mercado o falta de actividad, o la reducción de plantilla- que puede haberle supuesto ser llevada al proceso. De ahí la necesidad de hacer apuesta por la incorporación de nuevas fórmulas basadas en criterios de oportunidad y asentadas en el acuerdo, que sirvan a la

transformación y mejora del enjuiciamiento penal de la amplia tipología de entidades jurídicas a las que viene atribuida responsabilidad criminal y, en definitiva, permitan mejorar la respuesta jurídica al delito, de corrupción y otros, cometidos en su interior, en su provecho o beneficio.

3. Las investigaciones internas corporativas y los programas de cumplimiento en el SPE¹

ANA E. CARRILLO DEL TESO²

*Profesora permanente laboral de Derecho procesal
Universidad de Salamanca*

En el marco de la prevención o detección de delitos corporativos hay tres grandes realidades conectadas entre sí: por un lado, la figura de los denunciantes, alertadores o *whistleblowers*; por otro, los canales de denuncia; y, por último, las investigaciones internas empresariales. Están conectadas porque cada una responde a una etapa o finalidad diferente dentro de esa tarea que se ha encomendado a las empresas de descubrir infracciones y delitos en su seno y hacer acopio de evidencias, esto es, dentro del fenómeno de la externalización de la investigación.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: CARRILLO DEL TESO, A., "Consideraciones sobre la actividad probatoria en torno a la delincuencia económica", *Justicia*, núm. 2, 2019; CARRILLO DEL TESO, A., "Justicia negociada y persona jurídica. Notas sobre los acuerdos con la Fiscalía en Estados Unidos", Rodríguez García (coord.), *Compliance" y responsabilidad de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, 2021; CARRILLO DEL TESO, A. (dir.), *Desafíos en la lucha contra la corrupción. Gestión de riesgos y paradigmas globales*, Colex, 2023; CARRILLO DEL TESO, A. (ed.), *Ecosistemas financieros y organizaciones empresariales. Entornos esencial para prevenir la corrupción*, Dykinson, 2024; CARRILLO DEL TESO, A., "El examen de dispositivos electrónicos del trabajador como fuente de prueba penal: Soluciones jurisprudenciales" en Rodríguez García, N., Carrillo Del Teso, A., Cerina, G. (ed.), *Delincuencia corporativa: Compliance, canales de denuncia y persecución penal*, Tirant lo Blanch, 2024.

² Mail: ana_cdt@usal.es, Código Orcid:0000-0002-1245-2499, Researcher ID: A-8757-2017. La autora es miembro del GIR USAL "Justicia, sistema penal y criminología", del Centro de Investigación para la Gobernanza Global y del Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal. Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2022-138775NB-I00, financiado/a por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, "Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública".

Centrándonos en las investigaciones internas, la Directiva 2019/1937 las perfila como una de las posibles medidas de “seguimiento”, es decir, toda acción emprendida por el destinatario de una denuncia (o información) o cualquier autoridad competente a fin de valorar la exactitud de las alegaciones hechas en la denuncia y, en su caso, de resolver la infracción denunciada.

Por tanto, tenemos normativa destinada a la protección de los informantes (sin entrar a valorar en este momento si es adecuada o no) que además da unas pautas sobre el funcionamiento de los canales de denuncia, pero no tenemos definición legal exacta de las investigaciones internas, su finalidad, límites, metodología, consecuencias, posibles sanciones ante el incumplimiento de pautas...

Y no es que sea una realidad precisamente nueva. Es bien sabido que las investigaciones cobraron una singular importancia desde el reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la configuración de los modelos de prevención del delito eficaz que incluya medidas de vigilancia y control (art. 31 bis. 2 CP) como eximentes. A esto se suman las circunstancias atenuantes del art. 31 quater CP, que incluyen la colaboración en la investigación del hecho aportando pruebas nuevas y decisivas para esclarecer la responsabilidad penal de los hechos. No obstante, las investigaciones en el seno de la empresa ya eran conocidas y habituales antes en el marco de las facultades de control del empresario *ex art.* 20.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Pero, a pesar de ser dibujadas como un elemento intrínseco a los programas de *compliance*, fundamento para valorar la responsabilidad penal de las corporaciones, lo cierto es que el Código Penal en ningún momento menciona las investigaciones internas, ni lo hacen las circulares de la FGE sobre la materia.

Sí hay una mención expresa en la Ley 2/2023 en el art. 26 al regular el registro de informaciones, aunque únicamente se dice que los sujetos obligados a disponer de un canal interno de informaciones deberán contar con un libro-registro de las informaciones recibidas y de las investigaciones internas a que hayan dado lugar, al que solo se podrá acceder total o parcialmente por petición judicial motivada mediante auto y en el marco de un procedimiento judicial.

En relación con el derecho a la no autoincriminación, que este artículo puede poner en jaque, el criterio jurisprudencial hasta la aparición de esta ley era que los documentos internos procedentes del “canal de denuncias” de las empresas en los que consten los hechos denunciados y

los resultados de las investigaciones internas que, voluntariamente, haya llevado a cabo la entidad, quedaban amparados por el derecho fundamental a no autoincriminarse, v.gr. AAN, Sala de lo Penal, 391/2021, de 1 de julio (ROJ: AAN 5479/2021). No obstante, en la misma resolución se dice que al requerir documentación a personas jurídicas habrá que distinguir aquellos cuya existencia tiene un carácter obligatorio ex lege y, por tanto, independiente de la voluntad del sujeto en cuestión (SSTC 76/1990, de 20 de abril; y 161/1997, de 2 de octubre) que estarían excluidos del ámbito de protección del derecho a la no autoincriminación (ej., documentos contables de llevanza obligatoria). Eso implicaría, en consonancia con la letra de la Ley 2/2023, que al ser obligatorio el libro-registro de las denuncias internas y las investigaciones abiertas, es igualmente obligatoria su aportación bajo requerimiento judicial, sin embargo tenemos nuestras dudas ya que, como también manifiesta la AN “lo que resulta evidente es que no se puede exigir a una persona física o jurídica contra la que se ha dirigido el proceso penal la aportación de documentos que sostengan o puedan sostener directamente su imputación. [...]”

Otra polémica es el solapamiento entre la investigación interna desarrollada por la empresa y la investigación oficial una vez iniciado el proceso penal. No es para menos: la empresa como investigadora privada, tiene ciertas ventajas a la hora de desarrollar las investigaciones frente a los investigadores públicos: por ejemplo, no tienen que recabar autorización judicial para examinar correos o dispositivos corporativos –siempre que se den ciertas condiciones. Del mismo modo, las entrevistas a los empleados no requieren la presencia de abogado defensor, frente a los interrogatorios o declaraciones de investigado en sede judicial o policial. Las autoridades públicas pueden caer en la tentación de dejar que se sigan desarrollando las investigaciones internas con los límites que le son propios sabiendo que posteriormente podrán recabar de la empresa toda la información que haya conseguido.

En este sentido, y dado el carácter oficial y público de la investigación penal lo adecuado parece que se paralice la investigación interna en el momento en el que entran en juego los poderes públicos o, al menos, que se amolden a las exigencias de las garantías penales. La Ley 2/2023 de hecho dice en el art. 9.j) sobre el funcionamiento del sistema interno de información que se remita con carácter inmediato la información al Ministerio Fiscal o a la Fiscalía Europea cuando los hechos puedan ser indiciariamente constitutivos de delito. Lo mismo se reitera en el art. 18.c) respecto al canal externo de información de la Autoridad Independiente de Protección del Informante. Parece claro que el momento se refiere al

primer contacto con la información indiciaria de la comisión del delito, ya que en el art. 20.b) se aclara que igualmente se remitirá la información al Ministerio Fiscal al término de las actuaciones, aunque inicialmente no se apreciaran indicios de que los hechos revistieran carácter de delito si así resulta del curso de la instrucción.

4. La transposición de la Directiva 2019/1937 al ordenamiento español: algunas reflexiones sobre la Ley 2/2023, de 20 de febrero¹

LETICIA JERICÓ OJER

Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pública de Navarra

La Directiva (UE 2019/1937), conocida como la Directiva *Whistleblowing*, estableciendo un marco de mínimos dejó en manos de los legisladores nacionales el diseño de mecanismos de protección de las personas que, perteneciendo a una entidad pública o privada, informen sobre las infracciones cometidas en el seno de sus organizaciones (*Whistleblowers*). Esta finalidad se plasma fielmente en el art. 1 de la Ley 2/2023, de 20 de febrero. La protección al denunciante (informante en la terminología de la ley española) se constituye en el elemento sustanciador de toda esta ley. Surge la necesidad, a partir de esta consideración, de dar respuesta a por qué hay que proteger a la persona denunciante. Esta cuestión aparece estrechamente vinculada con el fomento de la denuncia interna como vía para el descubrimiento y persecución de delitos en contextos en donde el Estado, por diversas circunstancias, se ve imposibilitado en el cumplimiento de estas funciones.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: JERICÓ OJER, L., “Responsabilidad penal por la obtención y revelación de información confidencial. Garantías que establece la directiva 2019/1937 para los alertadores y las decisiones jurisprudenciales españolas al respecto”, López López (dir.), *Análisis de la Directiva UE 2019-1937 Whistleblower desde las perspectivas penal, procesal, laboral y administrativo-financiera*, Aranzadi, 2021.; JERICÓ OJER, L., “Primeras aproximaciones a la Ley reguladora de la protección de la persona informante y de lucha contra la corrupción: sus principales implicaciones desde la perspectiva penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, núm. 25, 2023; JERICÓ OJER, L., “La figura del arrepentido y la justicia penal negociada, a propósito de la incorporación de nuevas cláusulas premiales en el Código Penal (arts. 262.3 y 288 bis CP)”, *Revista penal*, núm. 52, 2023.

El fomento de la denuncia interna por parte de los *insiders*, como pretensión que se inspira tímidamente en la Directiva, se plasma expresamente en la Ley 2/2023, de 20 de febrero. De ahí la necesidad de proteger a quien, en el seno de una entidad u organización, denuncia la existencia de determinadas infracciones. Al margen de otros objetivos que también el legislador español puede perseguir con esta ley, como la prevención del delito o la promoción de la cultura ética dentro de las organizaciones, es importante tener en cuenta que la utilización el ciudadano como agente activo en la persecución del delito exige la adopción de ciertas cautelas, dado que puede suponer una dejación de una función que corresponde única y exclusivamente a los poderes públicos y poner en peligro todo el sistema de garantías establecido por lo que respecta al derecho de defensa de la persona afectada por la revelación.

Considerando que el objetivo primordial es promover la denuncia interna, surge la interrogante de si a partir de lo establecido en la Directiva *Whistleblowing* los mecanismos incorporados por el legislador español en la Ley 2/2023 para lograr este propósito son verdaderamente efectivos en su contribución hacia este fin. En mi opinión hay tres cuestiones que permiten introducir espacios para la reflexión: 1º) la indefinición del ámbito de protección material de la ley española que, si bien es más amplio que el establecido por la Directiva, no establece claramente qué tipo de informaciones son objeto de protección; 2º) la falta de claridad acerca de si se excluye o no la responsabilidad penal por las conductas de revelación y 3º) la duración limitada de todos los mecanismos de protección a la persona informante.

5. La regulación española de los canales de alerta y las especificidades del SPE¹

BEATRIZ GARCÍA-MORENO

Profesora de Derecho penal
Universidad de Castilla-La Mancha

La Ley 2/2023, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción (LPI en adelante) convierte los canales de denuncia en un mecanismo obligatorio en todas las entidades del sector público y en buena parte de las personas jurídicas del sector privado. Y ello, a diferencia de lo que ocurre con el resto de los elementos de los programas de cumplimiento, cuyo impulso se ha dirigido prioritariamente al sector privado y con carácter general realizado a través de incentivos y no imponiendo su implementación en las organizaciones.

¹ Sobre este tema, de la misma autora: NIETO MARTÍN, A./ GARCÍA-MORENO, B., *Guía para la prevención de la corrupción en las Administraciones Públicas de Castilla-La Mancha*, UCLM, 2018; GARCÍA-MORENO, B., "Whistleblowing" como forma de prevención de la corrupción en la administración pública", "Public compliance"prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos, UCLM, 2014; GARCÍA-MORENO, B., "Whistleblowing y canales institucionales de denuncia", NIETO MARTÍN (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2015; NIETO MARTÍN, A./ GARCÍA-MORENO, B., "De la ética pública al public compliance sobre la prevención de la corrupción en las administraciones públicas", Gómez Colomer (DIR.), *Tratado sobre compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, 2019; GARCÍA-MORENO, B., *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncia*, Tirant lo Blanch, 2020; GARCÍA-MORENO, B., "Las recompensas económicas al alertador ("whistleblower"). ¿Límite infranqueable o justa contraprestación?", Libro homenaje al profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista, BOE, 2021; GARCÍA-MORENO, B., "La figura del whistleblower", y "Marco normativo del whistleblowing", en GIMENO BEVIÁ (dir.), *La directiva de protección de los denunciantes y su aplicación práctica al sector público*, Tirant lo Blanch, 2022; GARCÍA-MORENO, B., "Las garantías de las personas afectadas por la información. Especial referencia a las consecuencias de proporcionar informaciones falsas", *La aplicación de la Ley de Protección de Informantes en el Sector Público. Especial referencia a las Entidades Locales, La Ley*, 2023.

Lógicamente, la obligación de crear canales de alerta ha alcanzado también a las entidades del SPE. De manera expresa, la LPI extiende la obligación de implantar un canal de alertas (o sistema de información interno, siguiendo su terminología) a: Los organismos y entidades públicas vinculadas o dependientes de alguna Administración pública, así como aquellas otras asociaciones y corporaciones en las que participen Administraciones y organismos públicos, las corporaciones de Derecho público, las fundaciones del sector público y las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de la entidad pública sea superior al cincuenta por ciento, o en los casos en que, sin superar ese porcentaje, formen con éstas un grupo de sociedades (art. 13).

La regulación de los canales de alerta internos es muy similar en el sector público y en el privado, por lo que son pocas las especificidades derivadas de la LPI para las entidades del SPE. La mayoría de los retos y dilemas que enfrentan son compartidos con otro tipo de organizaciones, como, por ejemplo, el alcance de la autorregulación (¿puede proteger la entidad alertas no protegidas por la LPI?); la compatibilidad de la obligación de denuncia al Ministerio Fiscal que impone la LPI (art. 9.2 f) con el derecho a no autoincriminarse de aquellas sociedades mercantiles sujetas a responsabilidad penal de la persona jurídica; o la conveniencia de disponer de un canal propio o, por el contrario, compartirlo con la Administración de adscripción.

6. Algunas consideraciones críticas en torno a la falta de garantías procesales de los canales de denuncia y las investigaciones internas en los denominados public compliance¹

DAVID CARPIO BRIZ

*Profesor agregado de Derecho penal
Universitat de Barcelona*

Resulta difícil negar que asistimos a un tiempo de transformación de paradigmas. También en el Derecho y en concreto en la gestión jurídica del *ius puniendi*. De hecho, la importación de conceptos en las ciencias penales española solía provenir de las estructuras y categorías dogmáticas y político-criminales desarrolladas por la academia y la legislación alemana y, en menor medida, italiana. No obstante, desde finales del siglo pasado, la brújula de la influencia de conceptos está virando, al menos políticamente-criminalmente, hacia el *Common Law*. En buena parte de las ocasiones, ésta se destila a través de la política y el Derecho (*hard o soft*) de las instituciones europeas en materias como la lucha contra la corrupción, el terrorismo y

¹ Sobre este tema, del mismo autor: CARPIO BRIZ, D., “El Director de Seguridad Privada en la era del Compliance Penal”, *Cuadernos de Seguridad*, 2015; CARPIO BRIZ, D., “Consideraciones político-criminales sobre la delincuencia organizada en el contexto de la corrupción pública y su tratamiento jurisprudencial”, en Queralt Jiménez, J./Santana Vega, D., *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Tirant lo Blanch, 2017; CARPIO BRIZ, D., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español a la luz del modelo italiano de imputación al ente”, *Diritto penale contemporaneo Rivista trimestrale*, núm. 2, 2018; CARPIO BRIZ, D., “Prevención del blanqueo de capitales”, en *Derecho penal, económico y de empresa: parte general y parte especial: doctrina y jurisprudencia con casos solucionados*, Corcoy Bidasolo/Gómez Martín/Mir Puig (Dirs), Marcial Pons, Valencia, 2020; “Consideraciones críticas y posibilidades prácticas en torno a la estrategia y efectos del public compliance”, López Yagües (coord) (en prensa).

la delincuencia organizada, el blanqueo de capitales, la protección de los flujos financieros y las telecomunicaciones o, simplemente, la salvaguarda de bienes con un indisociable trasunto moral. Por ello están haciendo fortuna en nuestro sistema penal doctrinas como las del “Three Strikes and You are Out”, “Zero-tolerance policing” o términos como los de *stalking, mobbing, child grooming...* Y, entre estos, hace ya algo más de una década que nos acompaña el de “*compliance*” vinculado a la responsabilidad penal de las personas jurídicas definitivamente configurada por la LO 1/2015, donde por primera vez se positiviza al modo del “DLeg n. 231/2001 sulla responsabilità degli enti italiano” el concepto de criminal compliance program bajo la denominación de “modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos” (condición 1.^a del apartado 2 el art. 31 bis).

A esta amenaza de imputación penal al ente y al efecto de exoneración de responsabilidad que contiene el CP, si la persona jurídica adoptó de manera eficiente estos sistemas de gestión de riesgos penales, le acompaña toda una actividad económica de académicos, abogados, juristas y grandes despachos, denominada “industria del Compliance”, que opera en no pocas ocasiones a modo de lobby atrayendo hacia sí una diversidad de materias penales, mercantiles, fiscales y ahora, se pretende también administrativas. Con ello han puesto de moda el *denominado Public Compliance* al modo de un nuevo bálsamo de fierabrés, ya no para los contratistas privados o las empresas públicas, sino como un ungüento a aplicar a las propias administraciones públicas para que no caigan en el mal de la corrupción. A nuestro parecer las propuestas académicas, junto a otras, de incorporar el sistema de *compliance*, la figura del *compliance officer* y los sistemas de comunicación e investigaciones internas en las administraciones publicas resultan

- a) Jurídica y político-criminalmente discutibles, por falta de legitimidad/legalidad;
- b) Inadecuadas motivacionalmente desde los fundamentos criminológicos del *compliance* por incoherencia sistémica y estratégica,
- c) amén de poder dar lugar a Excesos punitivos y procesales que vulneren los derechos y garantías procesales ante las investigaciones internas.

Precisamente, la ponencia aborda esta última cuestión sobre la falta de garantías respecto a la identificación del denunciante o los excesos en las investigaciones internas ante procedimientos innominados que enmascaran su condición punitiva socavando garantías básicas del debido proceso o, incluso, el riesgo de obtener pruebas ilícitas o exponer

de manera reiterada al investigado al aparato punitivo del estado. Todo lo cual se aborda al hilo de la experiencia registrada en torno a comunicaciones e investigaciones en el marco del *public compliance* implantado en las administraciones públicas y, en concreto, en la Universidad española.

PARTE VI

REFLEXIONES

CONCLUSIVAS

Reflexiones conclusivas

ÒSCAR ROCA SAFONT¹

*Director de Prevención
Oficina Antifraud de Catalunya*

Seguramente, todos los aquí presentes podríamos convenir en que el Derecho penal, por si solo, no es la solución al grave problema que representa la corrupción tanto pública como privada.

Sin duda, la reacción penal siempre será necesaria pero la propia dinámica de los factores involucrados en la aplicación de la norma; fundamentalmente las propias limitaciones de un proceso penal nada ágil y adecuado a los tiempos actuales y una endémica falta de recursos de la administración de justicia, limitan seriamente su eficacia.

Si esto es así, habrá que poner el acento en la prevención. Cuando fracasan los mecanismos de prevención, el riesgo se concreta en la comisión de delitos. Y hay que involucrar más a los actores no públicos en la preservación del interés general ante las amenazas más graves.

Este fue el motor que inspiró los primeros pasos del legislador estadounidense ya en 1777. Y esta misma idea se abre camino en el impulso legislativo de los últimos tiempos. El *compliance* y el nuevo marco de protección de las personas alertadoras retoman este espíritu.

Desde Antifraud lo valoramos positivamente. Porque supone adelantar la barrera de protección a momentos en los que todavía es posible reaccionar a tiempo y dar la oportunidad de adoptar medidas preventivas adecuadas para reforzar la capacidad institucional.

La Oficina Antifraud de Cataluña es una institución cuyo núcleo de acción se dirige a preservar la transparencia y la integridad de las administraciones y del personal al servicio del sector público en Cataluña. Dicha misión se ha visto reforzada recientemente, con la asignación de las funciones que,

¹ Sobre este tema, del mismo autor: ROCA SAFONT, O., “La prevención institucional de la corrupción, estrategias de gestión”, Villoria Mendieta (coord.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Diputación de Barcelona, 2017.

de acuerdo con la Ley del Estado 2/2023, del 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, corresponden a las instituciones o a los órganos competentes de las comunidades autónomas.

La Oficina, a través de la Dirección de Prevención, promueve e impulsa buenas prácticas que contribuyen a mejorar la calidad de la prestación del servicio público, y ofrece asistencia y apoyo a las administraciones y otros entes que configuran el sector público. También colabora con la formación y el asesoramiento de los servidores públicos en los ámbitos de la ética, la integridad pública y el control del fraude y la corrupción en organismos públicos. Además, elabora estudios, herramientas y recursos, como el Informe final sobre cumplimiento normativo e integridad en entidades públicas y, haciendo uso de la potestad indicativa, formula propuestas y recomendaciones en el ámbito de la prevención y la lucha contra el fraude y la corrupción.

El sector público necesita -ahora más que nunca- contar con la confianza de los ciudadanos. No es suficiente con la legitimidad formal de las instituciones, hace falta que estas se legitimen en el día a día por cómo ejercen las potestades que les han sido confiadas, demostrando que se priorizan los intereses generales sobre los individuales o particulares.

Sin la adhesión de la ciudadanía a la acción pública, las administraciones pueden ver seriamente comprometida su eficacia y dicha debilidad podría ser aprovechada por opciones populistas, siempre dispuestas a rentabilizar el descontento.

El nuevo marco legal de protección de las personas alertadoras supone un cambio cultural en el que, como dice el preámbulo de la Ley 2/2023, la colaboración ciudadana resulta indispensable para la eficacia del derecho y para el buen funcionamiento de las instituciones públicas y privadas.

Gracias a todas y todos los ponentes, al público y a la organización por hacer posible este encuentro y contribuir a una necesaria reflexión colectiva sobre todos estos retos.

Nuestro compromiso como Autoridad Independiente es trasladar este aprendizaje a todos aquellos actores concernidos por la integridad pública y, muy en particular, al ejecutivo y al legislativo que son, en definitiva, los poderes con capacidad para definir y ejecutar las políticas públicas así como para aprobar los marcos normativos que las hagan posibles.



Inteligencia jurídica en expansión

Trabajamos para
mejorar el día a día
del **operador jurídico**

Adéntrese en el universo
de **soluciones jurídicas**

96 369 17 28

atencionalcliente@tirantonline.com

prime.tirant.com/es/

HOMENAJES & CONGRESOS

En estas Actas se recoge el contenido esencial o *abstracts* de las ponencias presentadas en el *Congreso internacional sobre la prevención de la corrupción en el sector público empresarial*, celebrado los días 5 y 6 de febrero de 2024, en Barcelona, coorganizado por la Diputación de Barcelona, la Oficina Antifrau de Catalunya, y la Universidad Autónoma de Barcelona, en colaboración con multiplicidad de académicos y profesionales del sector.

En ellas puede encontrarse una visión panorámica de los principales problemas que suscita la concepción de la corrupción y sus formas de prevención en el sector público empresarial (SPE), en el que deben protegerse el patrimonio y las funciones públicas, aunque se actúe a través de entes revestidos de forma privada. Todo lo cual tiene impacto sobre una variedad de cuestiones de especial relevancia penal tales como: la posibilidad de exigir responsabilidad penal a los entes integrantes del SPE; el sentido de las sanciones penales imponibles a estos a la vista del impacto negativo que pueden tener sobre el patrimonio y el servicio público; la posibilidad de considerar funcionarios a quienes actúan en su seno; o la posibilidad de apreciar delitos como la prevaricación, la malversación, el cohecho, o la revelación de secretos.

Sobre todos estos temas, el lector podrá encontrar aquí una síntesis de los puntos en torno a los que gira el debate penal, hoy, y cuyo desarrollo en profundidad pue-
de hallar en la bibliografía de referencia de cada uno de los autores que se señala al inicio de cada contribución.



Esta publicación es parte del proyecto de
I+D+i La prevención de la corrupción en el
sector público empresarial (PRECOSPE),
PID2020-117526RB-I00, financiado por
MCIN/ AEI/10.13039/501100011033



978-84-1095-249-2

