

## CR3NICA DE LA JORNADA “DERECHO PENAL Y DEPORTE” ORGANIZADA POR LA ACB Y LA COMUNIDAD DE MADRID

**Miguel 1ngel Barrilero Mart3n**  
Enviado especial de IUSPORT

En el marco de la celebraci3n de la 75<sup>a</sup> edici3n de la Copa del Rey de baloncesto, que se disputa esta semana en el Palacio de los Deportes de Madrid, la Asociaci3n de Clubes de Baloncesto (ACB), junto con la Comunidad Aut3noma de Madrid (CAM), ha promovido la organizaci3n de una jornada de reflexi3n y debate acerca de c3mo afecta la reforma del C3digo Penal al mundo del deporte.

El seminario, moderado por Alberto Palomar – entre muchas otras cosas, Juez de lo Contencioso-administrativo y director de la Revista Jur3dica del Deporte y del Entretenimiento- tuvo lugar en la sede de la Vicepresidencia del Gobierno, Consejer3a de Cultura y Deporte y Portavoc3a del Gobierno de la Comunidad de Madrid.



La apertura de la jornada corri3 a cargo de Javier Hern1ndez, Viceconsejero de Deportes de la Comunidad de Madrid. En su discurso de bienvenida, lo primero que hizo fue agradecer a la ACB la iniciativa de llevar a cabo la jornada. Tras ello, record3 el tema central de las ponencias, esto es, la reforma del C3digo Penal de Diciembre de 2010, motivada por los hechos ocurridos en un partido de segunda divisi3n de f3tbol correspondiente a la temporada 2009-2010. En su opini3n, el nuevo art3culo 289 del mismo hace que la legislaci3n espa1ola en la materia est3 en consonancia con la de pa3ses europeos como Italia o Portugal. Seguidamente, record3 la existencia de un convenio entre el Consejo Superior de Deportes (CSD) y el Fiscal General del Estado para perseguir el fraude deportivo.

Tambi3n quiso expresar un par de pinceladas sobre la nueva regulaci3n, en lo referente a la responsabilidad penal de las personas jur3dicas. Matiz3 que hay dos 1mbitos en los que entra en juego la responsabilidad penal en las entidades deportivas: por un lado, son responsables las personas f3sicas con cargo de directivo en aqu3llas; por otro, lo es cualquier otra persona f3sica dentro de la persona jur3dica, cuando los responsables no hayan ejercido el debido control sobre ellos.

Finalmente, se1al3 que el objetivo de la modificaci3n es la creaci3n de una colaboraci3n contra los il3citos penales y los hechos delictivos en el 1mbito del deporte. En su opini3n, la modificaci3n del C3digo Penal se ha realizado en

una lnea id3nea y adecuada para evitar fraudes y adulteraciones de la competici3n.

## PONENCIA DE CARLOS G3MEZ-JARA

Tras dicha reflexi3n por parte de Javier Hern3ndez, Alberto Palomar present3 al primero de los oradores, Carlos G3mez-Jara, cuya ponencia vers3 sobre el nuevo r3gimen de responsabilidad de las personas jur3dicas. Su intervenci3n result3 sencillamente brillante, tanto por la claridad y contenido de su explicaci3n, como por la forma en que manifest3 sus ideas.



En primer lugar, hizo referencia a los art3culos en los que se contiene la ya citada modificaci3n normativa: en la parte general, el art3culo 31 bis (personas jur3dicas penalmente responsables), y el art3culo 66 bis (penas interdictivas impuestas a las personas jur3dicas); y en la parte especial, el art3culo 286 bis (corrupci3n entre particulares). En dicha parte especial, mediante un sistema de *numerus clausus*, se establecen los delitos atribuibles a personas jur3dicas.

A continuaci3n, explic3 que en Espa3a, en cuanto a la responsabilidad de las personas jur3dicas, se est3 produciendo una transici3n desde el modelo tradicional de responsabilidad por el hecho ajeno, a un modelo de responsabilidad por el hecho propio (por lo que la propia persona jur3dica ha hecho).

Asimismo, se refiri3 al gran impacto que normalmente tiene sobre la cotizaci3n de la acci3n de una sociedad el inicio de un procedimiento penal contra dicha persona jur3dica, que cuantific3, seg3n los casos, entre un 10 y un 20 por ciento, atribuyendo dicho efecto a la reprochabilidad que conlleva la apertura del procedimiento.

Aunque m3s tarde, como veremos, pas3 a analizar a fondo la cuesti3n de los programas de cumplimiento normativo, tambi3n los cit3 en su introducci3n. Son programas que se implementan dentro de las sociedades para cubrir todos los riesgos penales que puedan surgir y evitar que se produzcan. Ligado a ello, tambi3n hizo referencia a la responsabilidad civil de los consejeros de las personas jur3dicas por la no adopci3n de los programas de cumplimiento. Los socios pueden ejercer acciones sociales de responsabilidad contra ellos, puesto que si dichos programas de cumplimiento se hubieran puesto en marcha, la pena se habr3a visto atenuada o incluso extinguida. As3, los socios pueden solicitar que se declare dicha responsabilidad y que los consejeros hagan frente a las multas con sus propios fondos, y no con cargo a los dividendos que hubieran de percibir los socios.

Seguidamente pas3 a hablar sobre las penas aplicables a las personas jur3dicas, recogidas en el nuevo art3culo 33.7. Recalc3 la importancia de que el C3digo Penal califique como “penas” las sanciones que pueden imponerse sobre las personas jur3dicas (lo que tiene mucha relevancia en cuanto a las garant3as exigibles para su imposici3n). Tambi3n destac3 que incluso se prev3 la “pena de muerte empresarial”, es decir, la disoluci3n de la sociedad, como consecuencia de la comisi3n de algunos il3citos penales por parte de personas jur3dicas. Aunque, como es l3gico, se exigen determinados requisitos para ello.

A continuaci3n incidi3 en el hecho de que la 3nica pena obligatoria en el caso de que una persona jur3dica sea declarada culpable de un il3cito penal es la pena de multa, siendo el resto de penas (suspensi3n de actividades, clausura de locales, disoluci3n, intervenci3n judicial...) de car3cter potestativo. Dichas penas se conocen como interdictivas porque se interviene en la empresa con el objetivo de prevenir hechos delictivos.

Se establece un r3gimen espec3fico para la pena de multa, existiendo una correlaci3n entre el n3mero de a3os de prisi3n de las personas f3sicas y la pena de multa de las personas jur3dicas. Adem3s, en el caso de las personas jur3dicas, existe la posibilidad de solicitar un fraccionamiento de la pena de multa, en funci3n de las consecuencias sociales y econ3micas que dicha pena pudiera acarrear para los trabajadores y el funcionamiento de la sociedad.

Carlos G3mez-Jara continu3 su explicaci3n sobre las penas interdictivas enunciando los elementos a tener en cuenta a la hora de su imposici3n: si es id3nea o no para prevenir la comisi3n de delitos, las consecuencias econ3micas y sociales que puede tener sobre la persona jur3dica, y el puesto que ocupa la persona f3sica que cometió el delito dentro de la persona jur3dica. Para terminar con el asunto de las penas, destac3 que para que pueda imponerse cualquier tipo de pena interdictiva por un periodo superior a dos a3os, debe quedar probado que la persona jur3dica era utilizada como un instrumento para la comisi3n de delitos, y que no operaba en el tr3fico mercantil.

Posteriormente, estableci3 los dos requisitos que deben estar presentes para que se genere la responsabilidad penal de los administradores de derecho y de hecho de la sociedad, o de los trabajadores de la misma bajo la inadecuada supervisi3n de aqu3llos: que act3en en nombre de la persona jur3dica y que lo hagan en provecho de la persona jur3dica. En relaci3n con esta cuesti3n, mencion3 una sentencia del a3o 2010 en la que se estableci3 que una persona f3sica es un administrador de hecho de una sociedad si tiene un grado de independenciaci3n y autonom3a tal que se entiende que act3a en nombre de la persona jur3dica, y adem3s est3 implementando, mediante su actuaci3n, alg3n tipo de pol3tica corporativa.

Tambi3n explic3 que el C3digo Penal, en sus apartados 2 y 3 del art3culo 31 bis, establece que el comportamiento de la persona jur3dica es aut3nomo del de la persona f3sica. As3, se puede iniciar un procedimiento contra una persona jur3dica sin iniciarlo contra la persona f3sica, e incluso sin identificar a ninguna persona f3sica. La determinaci3n de la responsabilidad una y otras no sigue

caminos paralelos, pues las circunstancias atenuantes y eximentes son diferentes).

El n3cleo central de su explicaci3n se bas3 en los programas de cumplimiento, que, como ya he avanzado anteriormente, constituyen planes mediante los cuales las empresas implementan medidas encaminadas a la prevenci3n de delitos y a tomar medidas contra los autores de los mismos a posteriori. De hecho, act3an como una circunstancia atenuante si se implementan una vez que se ha cometido el delito, y como una circunstancia excluyente de responsabilidad si se implementan antes de que se cometa delito alguno.

A trav3s de los programas de cumplimiento, entre otras cosas, se puede examinar si, ante la comisi3n de un delito por parte de trabajadores de una empresa, ha tenido lugar o no el debido control por parte de los superiores. Asimismo, se puede medir la cultura de cumplimiento de la legalidad existente en el seno de una empresa. Los elementos que deben integrar un programa de cumplimiento son los siguientes:

- a) Existencia de est3ndares y procedimientos para prevenir y detectar delitos. Son c3digos de conducta con disposiciones anti-corrupci3n, anti-fraude, anti-blanqueo, anti-competencia desleal... La empresa debe llevar a cabo un an3lisis de posibles riesgos, es decir, debe determinar qu3 delitos se podr3an cometer dentro de la persona jur3dica por raz3n de su actividad.
- b) Supervisi3n adecuada de dichos est3ndares y procedimientos. Dicha supervisi3n debe ser eficaz, continua, y a su cargo debe estar una persona con acceso directo al Consejo Directivo o de Administraci3n.
- c) Delegaci3n adecuada de funciones de control. Las facultades de control deben estar en manos de personas id3neas para evitar conflictos de intereses. Por ejemplo, no se pueden delegar dichas funciones en un director financiero.
- d) Comunicaci3n efectiva de los est3ndares y procedimientos. Se suele hacer mediante manuales o seminarios online. Lo ideal es que el trabajador, tras examinar sus obligaciones respecto a esta materia, firmara un documento en el que expresara que ha sido informado al respecto y que las acepta.
- e) Monitorizaci3n y control de los est3ndares y procedimientos. Para ello, se suele establecer un "sistema de chivatos" (por influencia de empresas americanas, en cuyo r3gimen las denuncias son an3nimas). En Espa3a,



- f) Medidas incentivadoras y disciplinarias de los programas de cumplimiento. Mediante sanciones y recompensas, se debe establecer un sistema efectivo para que los trabajadores interioricen los programas de cumplimiento en su actividad diaria.
- g) Reacci3n post-delictiva. Se trata de adoptar las medidas oportunas para responder de manera adecuada a la conducta delictiva (hablar con la fiscalia, localizar a los perjudicados y reparar el da1o, tomar medidas contra quienes han cometido los delitos...).

Tras esta explicaci3n, el ponente aludi3 al principio recogido en el art3culo 5 del C3digo Penal, es decir, la imposibilidad de imponer una pena si no media culpabilidad. La culpabilidad de las personas jur3dicas se gradúa en funci3n de la existencia de una cultura de cumplimiento de la legalidad, que se mide a trav3s de los programas de cumplimiento.

Por 3ltimo, G3mez-Jara hizo referencia a las circunstancias atenuantes de la responsabilidad de las personas jur3dicas (establecidas en el art3culo 31 bis. 4 mediante un sistema de *numerus clausus*):

- a) Confesi3n de la infracci3n a las autoridades. ¿Quien debe hacer dicha confesi3n? Debe ser alguien que no incurra en un conflicto de intereses con la persona jur3dica. Si la persona f3sica tambi3n est3 imputada, la confesi3n no es v3lida para atenuar la responsabilidad de la persona jur3dica.
- b) Colaboraci3n con las autoridades aportando pruebas decisivas. Ello quiere decir que las encargadas de investigar la comisi3n del delito en su seno son las propias personas jur3dicas, lo que implica un ahorro de recursos para la Administraci3n, pero a costa de incurrir en un cambio en las estructuras del C3digo Penal. Dichas actuaciones terminan con un informe que se presenta a la Administraci3n, que impondr3 las penas correspondientes.
- c) Reparaci3n del da1o.
- d) Medidas eficaces de prevenci3n y detecci3n de delitos. Ello se traduce en los programas de cumplimiento que ya han sido estudiados. La eficacia se refiere tanto a la prevenci3n como a la detecci3n de delitos, es decir, se da por supuesto que se cometer3n delitos. Las medidas que se tomen han de ser razonables, no se trata de que sean tan restrictivas

que eviten la comisi3n de delitos a costa de eliminar garant3as y derechos.

## **PONENCIA DE ABRAHAM CASTRO MORENO**

El discurso del segundo ponente, que fue tambi3n muy claro pero a la vez muy conciso, se centr3 en el nuevo delito del fraude en el deporte. Se trata del t3pico delito de corrupci3n cuando se comete en el 3mbito deportivo. Es una subespecie del delito de corrupci3n entre particulares que est3 pensado para el 3mbito empresarial.

En 2003 hubo una decisi3n marco a nivel europeo para la introducci3n de esta figura, pero no se preve3a su aplicaci3n al 3mbito del deporte. As3, en el proyecto de modificaci3n del C3digo Penal de 2006 se introdujo el delito de corrupci3n entre particulares, en el art3culo 286 bis. Dicho art3culo conten3a tres p3rrafos, a los que se a3adi3 el cuarto (referente al delito de fraude en el deporte) en el anteproyecto de reforma del C3digo Penal de noviembre de 2009.

El ponente tambi3n mencion3 que esta tipificaci3n se introdujo en el C3digo Penal a pesar de que la doctrina mayoritaria era de la opini3n de que dicha conducta no debe ser constitutiva de delito.

Tras explicar esta evoluci3n, Castro explic3 con detalle en qu3 consiste el delito de corrupci3n. En el p3rrafo 1º se tipifica la corrupci3n activa, en el 2º la corrupci3n pasiva (ambos constituyen delito con independencia de quien ostente la iniciativa), y en el 3º se establecen las circunstancias atenuantes de la pena, que puede llegar a ser de hasta cuatro a3os de prisi3n. Por 3ltimo, el 4º inciso hace referencia al fraude en el deporte. Es importante resaltar que para que exista este delito hace falta una dualidad de sujetos. Adem3s, la d3dida no tiene por qu3 entregarse, basta con el mero ofrecimiento o solicitud para que se considere cometido el delito.

A continuaci3n, pas3 a hacer referencia a los elementos y problemas del tipo:

- a) Es un delito que es necesariamente especial. Ello significa que lo tiene que cometer alguno de los sujetos que cita el art3culo 286.4, esto es, directivos, administradores, empleados o colaboradores de entidades deportivas, as3 como deportistas, 3rbitros o jueces.
- b) Concepto de entidad deportiva. Como en la ley penal no se mencionan, hay que acudir a la legislaci3n deportiva para aclarar este concepto. Se entiende que hablamos de clubes, federaciones deportivas y ligas profesionales.

- c) El hecho de que la ley nombre a los deportistas tiene una función más simbólica que otra cosa, pues perfectamente se pueden entender incluidos en el concepto de empleados de la entidad deportiva.
- d) Sin embargo, en la ley penal no se menciona a los técnicos, mientras que, en aplicación de la ley administrativa, sí se les puede imponer sanciones. Por ejemplo, el entrenador de un boxeador no es un empleado de una entidad deportiva, pero puede cometer el tipo delictivo para beneficiar a su pupilo. Como inductor al delito, tendría la misma pena que el árbitro del combate.
- e) En cuanto a la responsabilidad de los socios y asociados, hay que diferenciar entre acciones de control y accionistas minoritarios. Si una persona posee el 90% de las acciones de una sociedad y nombra un administrador de hecho, aunque no esté contemplado en la ley, debería ser responsable de la comisión del delito. Pero si no es un accionista de control, debería quedar fuera de la conducta tipificada.
- f) Se plantean problemas en el caso de que la dádiva sea recibida por el árbitro de un tercero aficionado de un equipo, sin ninguna relación profesional que le ligue al mismo. Además, estamos ante un delito especial, para que esta conducta se incluyera en el tipo habría que ampliar el concepto de favorecimiento que establece la ley. El legislador penal no hace referencia a estos casos, que sí se incluyen en el ámbito administrativo.
- g) En cuanto a los jueces y árbitros, Castro incidió en que lo importante es la función material que desempeñan, no el nombre que se les otorgue. Caso distinto es el de los órganos disciplinarios, cuya función es la post-determinación del resultado de un evento deportivo. ¿Cometerían el delito de fraude en el deporte o el delito de cohecho? Son órganos de resolución de conflictos que pertenecen a la vía deportiva, no a la administrativa, son como una extensión de los árbitros y por tanto, no cometen cohecho, sino el delito de corrupción en el ámbito deportivo.
- h) Hay diferencias en la tipificación del delito de cohecho y la del delito de corrupción en el ámbito deportivo. Por ejemplo, en el ámbito deportivo no está tipificada la conducta consistente en entregar una dádiva al árbitro en recompensa por un acto ya realizado, ni la entrega de dádivas en consideración a la función que desempeña una persona. Otra conducta no incluida en el tipo es la consistente en que uno de los protagonistas de un evento deportivo apueste por internet

a que ocurre un suceso en el partido o prueba en que 3l interviene para lucrarse mediante la apuesta. Aunque se lograra probar que dicha conducta ha existido, no estar3a incluida en el tipo, pues no existe una dualidad de sujetos.

- i) Adem3s, para que la conducta sea punible debe existir un soborno, es decir, un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza a cambio de alterar el resultado deportivo. Por ejemplo, en el caso de Nelsinho Piquet, aunque hay un fraude para alterar el resultado de la prueba, la conducta no constituye delito porque no hay soborno. Asimismo, tampoco es punible el tr3fico de influencias, puesto que no hay d3diva.
- j) La imposici3n de penas tambi3n plantea un problema, puesto que se toma como referencia el valor econ3mico del beneficio obtenido a cambio de alterar el resultado de la competici3n, y en ocasiones puede resultar muy dificultosa la valoraci3n de ciertas d3divas.
- k) 3Hasta qu3 punto ha de ser id3nea la conducta para manipular o adulterar el resultado? Por ejemplo, simular una lesi3n no ser3 suficiente, el resultado debe ser una consecuencia directa de la acci3n.
- l) Las famosas “primas a terceros” no ser3an punibles bajo este tipo penal, puesto que nadie est3 incumpliendo obligaciones propias. Se podr3a considerar que existe una infracci3n e imponer una sanci3n en el 3mbito deportivo.
- m) En la redacci3n inicial del art3culo, se hac3a referencia al “resultado de una competici3n”, no se alud3a a “prueba o encuentro”. Tampoco aparec3a la palabra “profesional”, s3lo se dec3a “competici3n”. Hay que acotar el tipo al deporte profesional, porque s3lo los profesionales pueden incumplir obligaciones, que es lo que exige el art3culo para que exista delito. Y a3n as3 pueden surgir complicaciones: por ejemplo, la copa del rey no es una competici3n profesional, por lo que si se manipula su resultado, no estar3amos ante un delito. Se deber3a haber hecho referencia a “competici3n oficial o profesional”.

Tras la ilustrativa ponencia de Abraham Castro, la 3ltima intervenci3n de la ma3ana corri3 a cargo de Esther Queralt3 Tolsau, Secretaria General de la ACB, que dio las gracias tanto a la Comunidad de Madrid como a la ACB, y a los ponentes por sus intervenciones.





11 de febrero de 2011.

© **Miguel Ángel Barrilero Martín (Autor)**

© **IUSPORT (Editor)**

**Alberto Palomar Olmeda:** Magistrado de lo Contencioso-Administrativo, Doctor en Derecho y Profesor Asociado de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, coordina y dirige un excepcional equipo de Profesores universitarios, Abogados, Magistrados y Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

**Carlos Gómez-Jara:** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Autónoma de Madrid, Socio Director de Corporate Defense y Especialista en Derecho Penal Económico.

**Abraham Castro Moreno:** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Carlos III de Madrid.

[www.iusport.es](http://www.iusport.es)