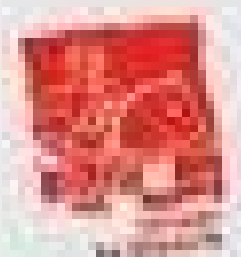


# EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA COMPLIANCE

*Directora*

Luis Arroyo Zapatero  
Adán Nieto Martín



TEORÍA

**EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA  
*COMPLIANCE***



**EL DERECHO PENAL  
ECONÓMICO EN LA ERA  
*COMPLIANCE***

Directores

**LUIS ARROYO ZAPATERO**

**ADÁN NIETO MARTÍN**

**front to bleach**

Valencia, 2013

Copyright © 2013

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](http://www.tirant.com) (<http://www.tirant.com>).

Proyecto de investigación: POII10-0105-6140. Good citizens corporations: Programas de cumplimiento normativo en entidades públicas y privadas y Derecho sancionador.

© Luis Arroyo Zapatero  
Adán Nieto Martín

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: V-499-2013  
I.S.B.N.: 978-84-9033-575-8  
IMPRIMEY MAQUETA: PMc Media

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

# Índice

<b>Introducción</b> .....	11
ADÁN NIETO MARTÍN	
I. <i>Regulatory capitalism</i> y cumplimiento normativo .....	11
II. Los problemas jurídicos del cumplimiento normativo .....	15
1. Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas .....	15
2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y proceso penal .....	19
3. ¿Cómo conseguir un programa de cumplimiento eficaz que responda a las exigencias de debido control? .....	22
4. La responsabilidad de los <i>gatekeepers</i> .....	26
<b>El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico</b> .....	31
KLAUSTIEDEMANN	
I. Diálogo alemán-español en el derecho penal económico .....	31
II. Protección de los bienes jurídicos intermedios .....	33
III. Corrupción entre particulares .....	34
IV. El alcance de los programas de <i>compliance</i> .....	37
V. La responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	38
<b>La persona jurídica acusada en el proceso penal español</b> .....	43
JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER	
I. Dogmática penal y pragmatismo procesal: los entresijos del planteamiento legal .....	43
II. El principal problema: la tutela de los derechos fundamentales de la persona jurídica imputada .....	50
1. Los derechos indiscutibles .....	53
2. Los derechos matizables.....	56
III. En especial, el derecho a la defensa técnica .....	58
<b>Programas de <i>compliance</i> en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica</b> .....	63
ULRICH SIEBER	
I. Introducción .....	63
II. Los programas de <i>compliance</i> en la realidad .....	65
1. Terminología y difusión de los programas de cumplimiento.....	65
1.1. Conceptos .....	65
1.2. Investigaciones empíricas .....	67
2. Contenido de los programas .....	70
2.1. Objetivos y valores.....	70

2.2. Concepciones procesales.....	72
3. Características de los nuevos sistemas de regulación.....	76
3.1. Los redactores de los programas .....	76
3.2. Espacios de libertad y formas de regulación.....	77
3.4. Interacción funcional entre los sistemas de regulación .....	78
III. Los programas de cumplimiento en el vigente derecho penal de la empresa.....	82
1. Bases del Derecho penal de la empresa.....	82
1.1. La responsabilidad penal individual de los trabajadores de la empresa.....	82
1.2. La responsabilidad contravencional —sancionador administrativa— de las em- presas.....	84
2. Los programas de cumplimiento en el derecho penal y sancionador administrativo vigente .....	89
2.1. Relevancia de los programas de <i>compliance</i> para la responsabilidad individual ..	89
2.2. Relevancia de los programas de <i>compliance</i> para la responsabilidad de la empre- sa.....	92
2.3. Resultado parcial .....	95
IV. Programas de cumplimiento y prevención de la criminalidad.....	96
1. La idoneidad de los programas de cumplimiento para la prevención de la criminali- dad .....	96
1.1. Conocimientos criminológicos .....	96
1.2. Ventajas de la autorregulación y la corregulación.....	97
1.3. Contenidos específicos de la prevención de la criminalidad .....	99
1.4. Límites fácticos .....	100
1.5. Límites jurídicos.....	102
1.6. Resultado parcial y consecuencias.....	103
2. Obligaciones legales de adoptar medidas de cumplimiento .....	103
3. Otros estímulos para la adopción de programas de cumplimiento .....	105
V. Resumen .....	108
 <b>Compliance, debido control y unos refrescos.....</b>	<b>111</b>
JUAN ANTONIO LASCURAIN	
I. Introducción .....	111
II. El debido control y los principios constitucionales de imputación penal.....	113
III. El debido control como diligencia .....	124
IV. Debido control y programas de cumplimiento .....	127
1. Sistema de normas .....	129
2. Vigencia de la norma .....	131
3. Institucionalización.....	134
V. Epílogo .....	135
 <b>Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales.....</b>	<b>137</b>
KLAUS MOOSMAYER	

<b>La certificación de los programas de cumplimiento</b> .....	145
JEAN PIERRE MATUS ACUÑA	
I. El sistema chileno de certificaciones .....	145
II. El efecto de las certificaciones (la defensa de cumplimiento) .....	148
III. Del por qué una certificación de cumplimiento no puede eximir de la pena anticipada- mente, pero sí atenuarla .....	152
 <b>La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento</b> .....	155
J.A. GONZÁLEZ FRANCO/A. SCHEMMELE/A. BLUMENBERG	
I. La insoportable levedad de los programas de cumplimiento .....	155
II. Las 5 funciones del abogado penalista .....	158
III. Mirando al futuro: alternativas al programa de la levedad .....	162
 <b>Posición de garante del <i>compliance officer</i> por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica</b> .....	165
JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER	
I. Introducción .....	165
II. La figura del responsable de cumplimiento o <i>compliance officer</i> .....	166
III. Un punto de partida: deber de garante del empresario, delegación de funciones y deber de supervisión residual.....	169
1. Titularidad y delegación de los deberes del empresario .....	169
2. Posición del obligado tras la delegación. Deberes de supervisión activa y reactiva....	172
3. ¿Qué clase de deberes de garante ostentan quienes deben ejecutar los deberes de control, prevención y detección de delitos? .....	174
4. Responsabilidad del <i>compliance officer</i> por omisión de concretos deberes de detección y prevención de delitos.....	176
4.1. En relación con omisiones relativas al deber de implementación y desarrollo de programas de prevención del delito. ....	177
4.2. En relación con la recepción y gestión de denuncias y supuestos similares.....	179
4.2.1. Recepción y gestión de denuncias .....	179
4.2.2. Omisa investigación u omiso reporte de indicios de delito detectados por vías distintas de las denuncias internas.....	182
4.2.3. En concreto, respecto de la omisión de investigaciones. Investigaciones ante indicios de irregularidad e investigaciones preprogramadas. ....	182
4.3. No existe un deber de denunciar los indicios a las autoridades. El deber del responsable de cumplimiento es un deber empresarial, no un deber jurídico penal.....	183
4.4. Un caso similar: ocultación u omisa denuncia de los responsables de auditoría interna .....	186
4.5. Diferencia con la omisión del superior jerárquico: en concreto la omisión del director financiero .....	187



<b>La privatización de la lucha contra la corrupción.....</b>	<b>191</b>
ADÁN NIETO MARTÍN	
I. Los malvados funcionarios y los extorsionados empresarios .....	191
II. Los orígenes: la FCPA.....	193
III. La corrupción entre privados.....	197
IV. La prevención de la corrupción en la empresa.....	201
V. La Bribery Act y la internacionalización de la represión .....	207
VI. Viaje de vuelta: el proyecto de ley de transparencia .....	209
<b>Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada .....</b>	<b>211</b>
MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO	
I. Introducción .....	211
II. Criterios de efectividad en las decisiones judiciales.....	216
III. Criterios de efectividad en acuerdos con el Ministerio Fiscal.....	220
IV. Conclusiones .....	228

# Introducción

ADÁN NIETO MARTÍN

*Instituto de Derecho penal europeo e internacional*

*UCLM*

## I. REGULATORY CAPITALISM Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO

En un ejemplo de darwinismo jurídico, el derecho penal económico se ha ido adaptando a los retos que planteaban los distintos modelos económicos que se han sucedido a lo largo de la historia. El florecer del comercio en la baja Edad Media supuso el nacimiento de los delitos de quiebra. El mensaje que se lanzaba a los comerciantes a través de los denominados hechos de bancarrota tenía como finalidad marcar las líneas rojas de la gestión comercial: quien realice comportamientos que contradicen radicalmente las buenas prácticas comerciales y sea declarado en quiebra será sancionado penalmente. Las maquinaciones para alterar el precio de las cosas, procedente del Código penal napoleónico, constituye el delito del liberalismo económico que nace tras la revolución francesa. La “mano invisible” debía moverse sin obstáculos, amenazas, pactos o coaliciones que obstaculizaran la libre formación de los precios en el mercado. A finales del XIX en Alemania, Francia e Italia aparecen los delitos societarios, con el fin de tutelar a los socios frente a los abusos de los administradores y garantizar la veracidad de la información societaria.

Frente al modelo económico liberal del XIX, el siglo XX es el siglo de la intervención del Estado en la economía, primero mediante la brutalidad de los fascismos y, después, a través del Estado social y democrático de derecho. En este nuevo paradigma el derecho penal tributario, que se desarrolla en la mayoría de los países tras la IGM, brinda protección a las funciones recaudatorias de la Hacienda Pública y a los tributos como elemento de redistribución de la riqueza. Desde comienzos de siglo, se van perfilando también los delitos destinados a proteger a las partes más débiles de los procesos económicos: los trabajadores y los consumidores. En los años 70 aparecen por primera vez en Alemania el fraude de subvenciones y los delitos contra la seguridad social. Finalmente en los años 80 asistimos al nacimiento de los delitos contra el medio ambiente, bien

amenazado por los procesos de producción masivos que se implantaron con la revolución industrial. Delitos de peligro, *Nebenstrafrecht* o, el caso de España, normas penales en blanco y bienes jurídicos intermedios constituyen las señas de identidad, y los debates principales, del derecho penal económico gestado en el siglo XX.

Lo anterior se corresponde en exclusiva a un relato eurocéntrico. En los Estados Unidos se acuñaron tres estrategias jurídico penales diferentes, que se corresponden con las peculiaridades del capitalismo norteamericano, donde el estado tiene una capacidad menor de regulación que en Europa y donde además el mercado de valores tuvo tradicionalmente un importancia mayor como medio de financiación de la actividad empresarial. La primera de estas estrategias son las sanciones anti trust de la Sherman Act, que tras la IIGM y de la mano de los —entonces— art. 85 y 86 del Tratado de Roma, desplazan en Europa al modelo francés de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, en la tutela de la libre competencia. La segunda estrategia es el derecho penal del mercado de valores, el *insider trading*, la manipulación de cotizaciones y las falsas comunicaciones. La UE a partir de los años 80, en su pretensión de crear un mercado financiero común, fuerte y competitivo, traslada a golpe de directiva los delitos nacidos en los EE.UU. tras la gran depresión de 1929<sup>1</sup>.

Mas en este lugar, lo que más nos interesa es el último desembarco de un tipo de derecho penal *made in USA*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, como estrategia para motivar a sus gestores para que adopten medidas de organización interna que garanticen el respeto a la legalidad, es decir, la *compliance*. En este tercer desembarco la importancia de los actos legislativos de la UE, desde la pionera convención para la protección de los intereses financieros, ha sido también decisiva.

Las leyes que rigen la evolución de las especies actúan implacablemente en el mundo jurídico, donde sólo sobreviven los principios, reglas e instituciones que mejor se adaptan al medio. En el siglo XXI estamos asistiendo a una transformación radical del modelo económico capitalista, en el que la *compliance*, como estrategia de control del comportamiento empresarial desviado, tiene una ma-

---

<sup>1</sup> Vid. Nieto Martín, *¿Americanización o europeización del derecho penal en la UE?*, Revista Penal, 2007, n.º 9, p. 120 ss. (= Delmas Marty/Pieth/Sieber, Los caminos de la armonización, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009).

yor capacidad de adaptación. Esta nueva estrategia ha provocado la muerte de un antiguo dinosaurio jurídico: el *societas delinquere non potest*.

Si en Europa el siglo XX fue el siglo del Estado interventor y protector, desde los años 80 del pasado siglo asistimos a lo que *John Braithwaite* ha denominado como *regulatory capitalism*<sup>2</sup>. El Estado actual no supone un *revival* del XIX. Cada vez presta menos servicios —quizás por esto pueda ser tildado de (neo)liberal—, pero ha incrementado notablemente el número de normas y de agencias administrativas. Definitivamente, no cree en la mano invisible. Su problema es que esta pretensión por regular colisiona con su aspiración coetánea a privatizar y reducirse. ¿Cómo garantizar eficazmente el *enforcement* de sus innumerables reglamentos y disposiciones? ¿Cómo garantizar además la efectividad de estas normas cuando los sujetos, los empresas, a los que van dirigidas, son sujetos globales, que actúan en varios territorios y que pueden cambiar un Estado por otro? ¿Cómo garantizar además su eficacia cuándo los ciudadanos —corporativos— superan en poder al propio Estado?

Las respuestas son varias: el *soft law* de origen privado y público<sup>3</sup>; la armonización del derecho de los negocios procedentes de organizaciones internacionales<sup>4</sup> y, lo que aquí interesa, la *compliance*, que supone uno de los elementos esenciales del *regulatory capitalism*. Los programas de cumplimiento constituyen una extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo. Las normas que se plasman en las políticas de empresa (corrupción, competencia, reglamentos internos en el ámbito de mercado de valores) son doblemente normas mixtas en su contenido, público-privado, y en su génesis, estatal-supraestatal. Pensemos en los programas anticorrupción. Nadie discute que su origen son los tipos penales de cohecho, mas a esta normativa básica deben añadirse los estándares anticorrupción, el *soft law*, que han ido publicando diversas organizaciones internacionales, desde la OCDE, al Banco Mundial, pasando por ONGs como Transparencia Internacional. Finalmente cada gran empresa a partir de

---

<sup>2</sup> *Regulatory Capitalism*, Oxford, 2008.

<sup>3</sup> Con ulteriores referencias Muñoz de Morales, *El legislador penal europeo: legitimidad y racionalidad*, Civitas, Madrid, 2010, p. 74 ss.; Sarmiento Ramírez-Escudero, *El soft law administrativo: Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Thomson-Civitas, 2008.

<sup>4</sup> Esencial Braithwaite/Drahoš, *Global Business Regulation*, Cambridge, University Press, 2000.

estos materiales construye su propia política anticorrupción, determinando las prohibiciones que procedían de los Códigos penales.

Pero este tipo de cooperación público-privado no sólo se produce en la génesis de las normas, también en su *enforcement*. Lógicamente en los casos de corrupción al final del camino está el “palo” del derecho penal estatal. La imposición de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas es la forma de motivar a sus directivos a que establezcan mecanismos de debido control eficaces. Pero incluso desde el propio ordenamiento jurídico existen otras posibilidades de presión. Así el derecho administrativo puede exigir que las empresas que deseen contratar con la administración posean programas de cumplimiento en materia anticorrupción, como ocurre desde años en relación de riesgos laborales, o utilizar el sistema de “listas negras” y excluir de las licitaciones a aquellas que hayan sido condenadas por corrupción. También es eficaz la presión del derecho de sociedades. Los administradores que no impulsen la adopción de programas de cumplimiento son gestores negligentes, por lo que en caso de pérdidas para la empresa derivadas de la imposición de sanciones o la comisión de ilícitos pueden ser sometidos a acciones de responsabilidad social. Incluso el derecho del consumo, representa otra forma de coacción a una *compliance* eficaz. La Directiva 2005/29 relativa a prácticas comerciales desleales, considera, por ejemplo, en su artículo 6, que constituye una práctica engañosa para el consumidor el no respeto por el profesional de los compromisos contraídos en un Código de Conducta<sup>5</sup>.

Pero lo novedoso del *regulatory capitalism* es que además del *enforcement* público existen mecanismos privados de presión. Por ejemplo, la *due diligence* a través de las cuales la empresa que desea buscar un *partner* de negocios o contratar a un consultor examina y exige a los candidatos que posean programas anticorrupción eficaces. Se trata de una estrategia similar a la que desarrollan organismos públicos como el Banco Mundial<sup>6</sup> o el Banco Europeo de Inversiones<sup>7</sup> con aquellas empresas que deseen financiación de proyectos. El des-

---

<sup>5</sup> Vid. art. 5 DOUE, L 149/22, de 11.6.2005

<sup>6</sup> Vid. *Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants*, October, 15, 2006 and revised in January 2011; *Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Program-for-Results Financing*, February 1, 2012.

<sup>7</sup> EIB. *Fraud Investigation Division, Combating Fraud and Corruption in EIB's Operations*, 11-11-2011.

embarco de una gran empresa multinacional en un país corrupto, exigiendo a todas las empresas que quieran trabajar con ella programas anticorrupción, es probablemente más efectivo para la lucha contra la corrupción que varios convenios internacionales.

Los dogmas, tanto el *societas delinquere non potest* como su contrario, el *postest*, son solo herramientas de política criminal que han de ser validadas por sus resultados empíricos. La crisis financiera que nos asola y las prácticas delictivas ligadas a la misma, protagonizadas por entidades bancarias o por agencias de calificación, y la lucha contra la corrupción internacional, en la que se ven envueltas grandes empresas multinacionales, constituirán el banco de pruebas de esta nueva estrategia preventiva y determinará en qué medida pasa también a ser un dinosaurio jurídico.

## II. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO

Hasta el momento, nuestra bibliografía no está sobrada de trabajos que pormenorizadamente analicen los aspectos penales del cumplimiento normativo y los problemas jurídicos que de él se derivan. Éste es el objeto de los trabajos que componen el presente volumen. El lector podrá encontrar en ellos respuesta a las numerosas cuestiones jurídicas y prácticas que plantea esta nueva forma de prevención de la criminalidad de empresa.

### 1. *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas*

El trabajo de *Klaus Tiedemann*, además de aproximarnos a las interconexiones entre el derecho penal económico alemán, español y europeo, se centra en uno de los aspectos esenciales del problema: ¿Cuáles es la función de los programas de cumplimiento en el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas? Como es bien sabido, esta cuestión depende del modelo de responsabilidad que se siga<sup>8</sup>. En el sistema vicarial o de heterorresponsabilidad no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido; lo tienen: su función es evitar

---

<sup>8</sup> Al respecto, me permito remitir a Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid, Iustel, 2008, p. 85-207.

que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que pueden dar lugar a responsabilidad penal. Lo que ocurre es que una vez que el delito aparece carecen de relevancia para la defensa penal de la entidad. Las cosas son distintas en el modelo de responsabilidad propia o de culpabilidad de empresa. Aquí tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica. Pues bien, mediando entre estas dos opciones, la propuesta que *Klaus Tiedemann* viene haciendo durante años en el marco del derecho alemán (§ 30 Ley alemana de Contravenciones, OWiG) y que ahora en su trabajo proyecta sobre el art. 31 bis del Código penal español consiste en un modelo combinado.

Como también explica detalladamente *Ulrich Sieber*, a la persona jurídica se le imputa el hecho realizado por los administradores de la entidad, tal como propone el modelo vicarial o de la heterorresponsabilidad, sin embargo, el fundamento de su responsabilidad radica en un defecto de organización propio que aunque no es parte del tipo penal, resulta decisivo a la hora de determinar la sanción. Aunque esta interpretación cobra adeptos en la doctrina, la relevancia práctica de los programas de cumplimiento en Alemania, como criterio de medición de la pena, aun resulta limitada. El reciente proyecto de reforma del § 30 OWiG muestra que el legislador alemán sigue siendo reacio tanto a introducir una responsabilidad verdaderamente penal de las personas jurídicas, como a mencionar expresamente los programas de cumplimiento como criterio para la medición de la pena<sup>9</sup>.

Mas volviendo al derecho español, no cabe duda que el tenor literal del art. 31 bis *prima facie* admite esta interpretación propuesta por *Klaus Tiedemann*. Desde un punto de vista práctico, la diferencia fundamental entre esta interpretación y aquella que parte de un genuino modelo de culpabilidad propia radicaría en la posibilidad o no de mantener la ausencia de culpabilidad de la empresa cuando el delito ha sido cometido por un administrador de derecho o de hecho. *Tiedemann* mantiene que en este caso existe una responsabilidad directa de la empresa, sin posibilidad de prueba en contrario. En el caso de que el delito haya sido cometido por un empleado, como consecuencia de la falta de debido control del administrador resulta más discutible dónde reside la diferencia práctica entre

---

<sup>9</sup> Cfr. Moosmayer/Grop-Stadler, *Der Diskussionentwurf des Bundesministerium der Justiz zur Änderung der §§ 30, 130 OWiG: Ein Zwischenruf*, NZWiST, 7/2012, p. 241 ss.

el modelo combinado y las propuestas de culpabilidad empresarial en sentido estricto. Dado que el debido control del administrador en las grandes entidades supone la instauración de un programa de cumplimiento eficaz y éste a su vez representa el elemento clave en el modelo de culpabilidad empresarial, al final, podemos estar enzarzados en una cuestión sin demasiada relevancia práctica: ¿se le imputa a la empresa el que los administradores no hayan ejercido el debido control a través de un programa de cumplimiento eficaz o es la falta de organización de la propia empresa por no haber instaurado un programa de cumplimiento eficaz lo decisivo?

En cualquier caso, como pone de manifiesto el trabajo de *Juan Antonio Lascuráin*, existen razones constitucionales que abonan el que el sistema español pueda leerse como un sistema de responsabilidad basado en la culpabilidad de la propia empresa, donde sea posible alegar la existencia de debido control incluso en el caso de que el delito haya sido cometido por un administrador. El que el legislador haya optado por sancionar penalmente a las personas jurídicas, a diferencia de lo que ha ocurrido hasta ahora en nuestro país con el sistema de sanciones administrativas, exige que sean de aplicación en su máxima extensión los principios de personalidad de las penas, *ne bis in idem* y presunción de inocencia. De lo que se deduce que la persona jurídica solo puede ser responsable por el hecho propio, consistente en la falta de organización, y no por el cometido por la persona individual. De otro modo se violaría también el principio de *ne bis in idem*, al sancionarse dos veces el mismo hecho. Puesto que la falta de organización constituye además el presupuesto fundamental de responsabilidad de la persona jurídica, el principio de presunción de inocencia obliga a que deba ser la acusación la que la pruebe de oficio. Como puede apreciarse, a juicio de *Lascuráin*, la elección del *nomen iuris* de la sanción, si se trata de penal o administrativa, no es irrelevante. La interpretación que *Klaus Tiedemann* del art. 31 bis o la que entre nosotros ha propuesto la Fiscalía General del Estado, podría ser válida si el legislador hubiera decidido disparar, como lo ha hecho hasta ahora, a las personas jurídicas con las “balas” del derecho sancionador administrativo o contravencional, pero no cuando ha decidido utilizar los “cañones” del derecho penal.

Aunque el debate acerca de la responsabilidad de la persona jurídica cuando el delito ha sido cometido por el administrador resulta esencial desde el punto de vista teórico, está por ver cuál es su relevancia práctica real. Para que la persona jurídica pueda distanciarse de los delitos cometidos por los administradores



es necesario que sobre ellos también se ejerza el debido control, lo que requiere una organización del sistema de cumplimiento en la que sus responsables tengan capacidad para controlar la actividad de los administradores. Pues bien, es dudoso que en la realidad empresarial española los consejos de administración estén dispuestos, al día de hoy, a crear órganos de cumplimiento, con el grado de independencia necesarios para que sea creíble que también ejercen el debido control sobre los miembros del consejo de administración.

La parte esencial del debate relativo al papel de los programas de cumplimiento en la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el diseño del concepto de delito que ha de utilizarse para establecer su responsabilidad. Una vez que apostamos por el modelo de culpabilidad debe decidirse cuál es la estructura de la responsabilidad de la empresa. En este punto, la mayoría de los autores apuestan por mantener un sistema equivalente al de las personas físicas, basado en la separación entre injusto y culpabilidad. Mientras que otros plantean, en cambio la formulación de un sistema más sencillo.

Con independencia de esta discusión, debe además decidirse, de un lado, qué importancia tiene para la imputación a la persona jurídica el fallo de supervisión relacionado con el hecho concreto y la tenencia de un sistema de cumplimiento que en líneas generales puede calificarse de correcto. Será frecuente encontrarnos con situaciones como la siguiente: A, empleado de la empresa X, ha sobornado al funcionario público Y con fondos de la empresa. A ha podido disponer de los fondos de la entidad gracias a que contaba con el consentimiento de su superior que ha autorizado unos pagos que respondían a negocios simulados. La empresa Y muestra en el proceso penal que desde hace años viene desarrollando un esfuerzo continuado por elaborar programas de prevención: ha revisado sistemáticamente su *compliance program*, ha impartido cursos de formación en prevención de la corrupción (a los que han asistido los implicados), su canal de denuncias registra una actividad considerable etc. Una solución que de exclusivamente relevancia al fallo de ejecución en concreto, pasaría por alto el esfuerzo de la empresa en implantar una cultura de la legalidad. Por esta razón, aunque no es posible profundizar más en este punto, considero que en la imputación de la empresa o bien en la medición de la sanción, deben tenerse en cuenta tanto los aspectos relacionados con la posible infracción, como la existencia de una organización, generalmente eficiente en la empresa.

## 2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y proceso penal

Tradicionalmente la discusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha enfocado, sobre todo, desde la perspectiva del derecho material, y dentro de este punto sobre los diferentes modelos de imputación. Sin embargo, la aplicación práctica del sistema, en países como Estados Unidos, muestra que el impacto sobre el proceso penal de la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica es un aspecto de capital importancia. De hecho, tanto desde el punto de vista constitucional como político criminal, las principales dudas u objeciones a la responsabilidad penal de la persona jurídica se deben buscar en este ámbito.

Desde el punto de vista del proceso, la responsabilidad penal de la persona jurídica debe leerse como un intento del Estado de buscar cooperación en las empresas para investigar determinadas formas de delincuencia empresarial. Por esta razón tiene tanta importancia, en todos los sistemas, la colaboración de la persona jurídica en el proceso, penal o administrativo sancionador, aportando prueba o confesando su responsabilidad. En el derecho penal norteamericano, pero también en el derecho sancionador de la competencia de la UE y de los países de la UE, se trata incluso de una superatenuante, como muestra la práctica de los programas de clemencia. En el derecho español, el art. 31 bis recoge también la confesión y la cooperación como circunstancias atenuantes. En definitiva un investigador inteligente lo que buscará es la colaboración de la persona jurídica para que le ayude a descubrir al infractor individual o confiese la infracción<sup>10</sup>.

Esta búsqueda de colaboración, o la alianza entre empresa y el investigador público (fiscal, juez de instrucción, autoridad administrativa...) plantea importantes problemas para los derechos fundamentales de la persona física investigada, porque de algún modo rompe la igualdad de armas en el proceso, pero también para la propia persona jurídica. El trabajo de *Gómez Colomer* se centra precisamente en lo que con razón designa el principal problema del proceso penal contra personas jurídicas, la eficacia de los derechos fundamentales. En este punto destacan principalmente dos problemas. El primero es el ámbito de vigencia del principio *nemo tenetur se ipsum accusare* en relación a las personas jurídicas. ¿Tienen el deber de aportar en el proceso penal documentos que legalmente están obligadas a llevar?, ¿en qué medida pueden utilizarse

---

<sup>10</sup> Cfr. Nieto Martín, *La responsabilidad penal*, op. cit., p. 48 ss.

en su contra estos documentos cuando se han entregado a una autoridad administrativa con fines puramente de control administrativos y bajo coerción? Entre los países de la UE existen notables diferencias en este aspecto<sup>11</sup>. No obstante, y como bien subraya *Gómez Colomer*, el peligro para este derecho fundamental proviene en gran medida de los numerosos incentivos para la colaboración y la confesión a los que antes nos referíamos, que, como por ejemplo se aprecia en la práctica de los acuerdos procesales en los Estados Unidos, incitan a una estrategia de defensa consistente en pactar y colaborar renunciando a los derechos de defensa<sup>12</sup>.

El segundo problema al que se refiere *Gómez Colomer* es la elección del abogado de la persona jurídica. Como se desprende de cuanto se lleva dicho, lo más normal es que exista un conflicto de intereses entre persona jurídica y física dentro del proceso penal. Por ello todo aconseja que existan abogados distintos. Ahora bien, sentado lo anterior, el núcleo del problema es quién elige dentro de la empresa al abogado que va a defender a la persona jurídica. Si, por ejemplo, esta elección recae en manos de una persona (secretario general, responsable de asesoría jurídica...) que tiene interés en salvaguardar el nombre de la persona natural imputada (por ejemplo, un administrador o un alto directivo), probablemente no se trace una estrategia de defensa efectiva de la empresa, pues se estará interesado también en la defensa del responsable individual. Por el contrario, cuando no existan problemas en dejar caer al responsable individual o incluso se quiera fabricar un “chivo expiatorio”, la elección del abogado y la determinación de la estrategia de defensa será bien distinta. En suma, se trata de un problema previo a la regulación procesal. Elegir a un abogado y trazar una estrategia de defensa, que no defienda el puro interés de la empresa, porque esté más interesado en la defensa de la persona individual, constituye un acto de deslealtad, que de ser realizado o tolerado por un administrador bordea los contornos del delito de administración desleal. Por su parte, el abogado que sabe que pone en marcha una estrategia de defensa de la empresa no todo lo eficaz que debiera, realiza una negligencia profesional, y su comportamiento podría estar cercano al

---

<sup>11</sup> Cfr. Blumenberg/Nieto Martín, *Nemo tenetur se ipsum accusare en el Derecho penal económico europeo*, en Díez Picazo/Nieto Martín (dir.), *Los Derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, Civitas, 2010, p. 397 ss.

<sup>12</sup> Cfr. Gómez Jara, *La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008, p. 298 ss.

delito de prevaricación de abogados (art. 467 CP). Por esta razón, las empresas harían bien si en sus programas de cumplimiento se ocuparan de esta cuestión y determinaran el procedimiento para la selección del abogado, estableciendo por ejemplo que fuera el órgano de cumplimiento, sobre todo si se ha configurado de manera independiente, quien se encargara de esta elección.

Dentro del proceso penal un aspecto que sin duda habrá de discutirse en el futuro, es la relación entre los programas de cumplimiento y el principio de oportunidad. Del trabajo de *Marta Muñoz* sobre la aplicación práctica de los programas de cumplimiento en los EE.UU. se desprende que donde un programa de cumplimiento “se la juega” no es ante el juez, sino ante el fiscal. También en Alemania, los programas de cumplimiento tienen gran importancia en este momento. Las autoridades competentes para la imposición de sanciones administrativas no imputan a aquellas personas jurídicas que cuentan con programas de cumplimiento y que colaboran en la investigación. En EE.UU., o en países de la UE como Austria<sup>13</sup>, la decisión de no imputar a la persona jurídica puede ir unida a la imposición de ciertas condiciones, como por ejemplo la mejora de su programa de cumplimiento, el cambio de responsables o la imposición de una supervisión judicial<sup>14</sup>.

Desde el punto de vista del derecho español, en el marco de la reforma procesal en curso, sería oportuno abrir una discusión sobre este aspecto. Un sistema de *diversión* o de *probation* puede ser de gran utilidad para abordar situaciones en las que, por ejemplo, como ocurre en el caso *Bankia*, los presuntos delitos cometidos por la empresa tuvieron lugar bajo el mandato de administradores que han cesado en sus funciones. Igualmente podría ser una solución idónea para los casos de transmisión de responsabilidad que regula el art 130.2 del Código penal en los supuestos de adquisiciones, fusiones o transformaciones de empresas. En ambos casos el Código penal español aboca a la apertura del proceso penal y, en su caso a la imposición de sanciones, contra empresas capitaneadas por nuevos administradores o contra empresas

---

<sup>13</sup> Verbansverantwortlichkeitgesetz, § 19 Diversion.

<sup>14</sup> En Estados Unidos los oficiales de prueba o compliance monitor han sido utilizados tanto por la SEC como por el Ministerio de Justicia dentro de los acuerdos procesales de suspensión de procedimientos, vid. con ulteriores referencias Hartwig, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck, 2012, p. 173 ss.; vid además Schwarz, *FCPA Compliance Monitorships-US Marotte order Flavor of te New Times* ¿, CCZ 2011, 59 ss.

sucesoras y ello aunque la nueva dirección tenga un gran interés en instaurar una cultura de cumplimiento.

El artículo de *Klaus Moosmayer*, en el contexto alemán, debate acerca de la necesidad de establecer la figura del *compliance monitor* que supervise y asesore a las empresas, que han llegado a un acuerdo con el fiscal o que han sido sometidas a régimen de prueba, en la implantación de las medidas o los objetivos señalados por el juez o fiscal. Desde luego, un *compliance monitor*, así configurado, tiene mucho más sentido que la medida de intervención judicial que se prevé en el Código Penal español (art. 33. 7.g) destinada a salvaguardar los derechos de los trabajadores y acreedores, y desligada totalmente del fin que se busca con la imposición de la pena a las personas jurídicas, la adopción de medidas de prevención y detección eficaces. Una curatela judicial, dentro del sistema de prueba, destinada a ayudar a la implantación de programas de cumplimiento, sería particularmente una buena opción político criminal para tratar la criminalidad de pequeñas empresas, donde antes que utilizar el “palo” del derecho penal, quizás hubiera que ayudar a cumplir.

### ***3. ¿Cómo conseguir un programa de cumplimiento eficaz que responda a las exigencias de debido control?***

La mayor parte de los contenidos de este volumen versan sobre los contenidos y problemas jurídicos que plantean los programas de cumplimiento. El trabajo de *Ulrich Sieber* supone una excelente introducción a la *compliance* como instrumento de prevención de la criminalidad de empresa, sus contenidos y problemas principales. En este punto, cabría señalar que al día de hoy existen tres grandes problemas. El primero de ellos es el que puede denominarse el problema de la cosmética. Una opinión muy extendida señala que la existencia de un programa de cumplimiento en el seno de una organización no indica necesariamente una voluntad de implantar una cultura de respeto a la legalidad e implementar los controles que para ello sean necesarios. Los programas de cumplimiento serían meros escaparates para el exterior, fabricados por el *compliance bussines*, que los administradores adoptan como si fuera una suerte de seguro antimultas. De producirse un delito, la defensa de la empresa los mostraría ante los fiscales o autoridades administrativas con el fin de convencerlos de que ha hecho todo cuanto estaba en su mano y que por tanto carece de responsabilidad o esta debe ser reducida. El primer gran problema de los programas de cumplimiento es, por tanto, que carecen de credibilidad. En muchos de los párrafos de

la Circular de la fiscalía española sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas se palpa este resquemor<sup>15</sup>.

Si la cosmética es la objeción de los fiscales o de las agencias administrativas, el lamento de las empresas es la falta de seguridad jurídica. La queja puede ser resumida de este modo: el legislador exige ejercer el debido control, sin darnos pista alguna acerca de cuál será el nivel de exigencia, ni los elementos que este debe tener. La mayoría de las grandes empresas han asimilado debido control a la implantación de un programa de cumplimiento. Ello se ha hecho así en parte atendiendo a la experiencia comparada y también porque el art. 31 bis.4 del Código habla de medidas eficaces para prevenir y disuadir delitos. No obstante, tal como se expone en el trabajo de *Marta Muñoz* ni aún en aquellos países donde el legislador ha dado indicaciones acerca de los contenidos de los programas de cumplimiento, como los Estados Unidos o Italia, existe certeza acerca del grado de exigencia judicial. Los programas de cumplimiento como epicentro de la imputación a las empresas casan mal, por tanto, con el principio de determinación penal, tal como acertadamente señalan *Blumenberg/Gonzalez/Schemel*.

El tercer problema de la compliance, al que en parte nos hemos referido ya, es que supone la privatización de una función pública tan importante como es la del control de la criminalidad. Como señala *Lascuráin* en su trabajo, a las empresas se les exige que investiguen las infracciones que han tenido lugar en su interior y, como se ha indicado, se las incita a aportar los resultados de esta investigación al proceso penal, a través de un sistema de atenuantes que ofrece rebajas de penas para estos supuestos. Esta estrategia tiene ventajas. Se obliga

---

<sup>15</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010. Vid por ejemplo, p. 47 y ss.: “existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense, compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el *control debido* sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada”.

a las empresas a financiar de su bolsillo los costes que supone para el Estado la criminalidad de empresa. Ahora bien, no puede dudarse de que esta estrategia, y en especial las investigaciones internas, conllevan importantes peligros, pues refuerzan el poder de control de la empresa frente a sus empleados.

Los trabajos que contiene el presente volumen aportan soluciones para resolver cada una de estas cuestiones. Las propuestas de *Sieber* van a mi juicio en la dirección adecuada para resolver el problema de la cosmética. En el diseño y la implantación de los programas de cumplimiento deben reforzarse aquellos controles cuyo eficaz funcionamiento no dependa de la dirección de la empresa. El ejemplo podría ser el canal de denuncias. Si en lugar de estar vinculado a los directivos de la empresa, su gestión se externaliza sin duda alguna ganará en eficacia y credibilidad. La manera más idónea de conseguir un programa de cumplimiento efectivo es que terceros independientes intervengan en su diseño, implantación y supervisión. Estos terceros podrían ser tal como apunta *Sieber*, la propia administración que controlara de alguna forma su eficacia o el legislador, regulando cuando sea posible cuáles deben ser sus contenidos concretos. Igualmente puede ser una fórmula interesante la propuesta de que los *stakeholders* (organizaciones de defensa de los consumidores, medio ambiente o anticorrupción) o los representantes de los trabajadores intervengan también en los órganos de cumplimiento y en la elaboración de las políticas de empresa<sup>16</sup>.

*Matus Acuña* se ocupa de las certificaciones, que es uno de las soluciones que se han ofrecido para remediar el problema de la falta de seguridad jurídica de los programas de cumplimiento. La ley chilena ha establecido la posibilidad de certificar el modelo de organización, como forma de acreditar su correcta implantación<sup>17</sup>. El camino de la certificación, o soluciones cercanas, está teniendo

---

<sup>16</sup> Vid. las distintas propuestas en este sentido de Ayres/Braitweith, *Responsive Regulation. Transcending the Regulation Debate*, Oxford University Press, 1992; Parker, *The Open Corporation. Effective Self Regulation and Democracy*, Oxford University Press, 2002.

<sup>17</sup> Art. 4.4 a), Ley 20.393: "Las personas jurídicas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención de delitos. En el certificado constará que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en los numerales 1), 2) y 3) anteriores, en relación a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica.

Los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadas de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros que puedan cumplir esta labor, de conformidad a la normativa que, para estos efectos, establezca el mencionado organismo fiscalizador.

también su correlato en Europa. En Italia existen un proyecto de ley, en Alemania la agrupación de auditores de cuentas ha publicado unas normas para realizar su revisión con criterios comunes<sup>18</sup> y recientemente ha aparecido la norma ISO de calidad de los programas de cumplimiento<sup>19</sup>. El problema que arroja la solución de las certificaciones como forma de resolución del problema de la taxatividad es que, de un lado, puede agravar el otro gran problema del cumplimiento normativo: el de la cosmética. Existe el peligro de crear un mercado de las certificaciones, en el que todo un sector industrial estará interesado en ofrecer “certificados de buena conducta” a empresas que ven en él un seguro antimultas. Por otro lado, el problema de la certificación es que en cualquiera de sus variantes tampoco soluciona la falta de taxatividad del sistema de responsabilidad. El juez, lógicamente, continúa sujeto al principio de libre valoración de la prueba, por lo que las certificaciones no pueden asimilarse en ningún caso a presunciones irrefutables o pruebas regladas.

Por lo demás, la eficacia de la certificación presupone resolver la cuestión relativa a qué eficacia tiene para el caso concreto, el tener un programa de cumplimiento correctamente diseñado e implementado en líneas generales. Si, tal como señalábamos anteriormente, a la postre los jueces o autoridades administrativas consideran únicamente de relevancia la supervisión en el caso concreto, la certificación general de la idoneidad del sistema carecerá de valor.

Finalmente el trabajo de *Klaus Moosmayer* sobre las investigaciones internas describe magistralmente sus problemas jurídicos principales. Las investigaciones internas constituyen una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento, máxime en el sistema español donde el art. 31 bis habla expresamente de programas de prevención y detección de hechos delictivos y fundamenta la mayor parte de las atenuantes en el confesión o aportación de pruebas. En una persona jurídica la aportación de pruebas o la confesión de los hechos sólo podrán

---

c) Se entenderá que las personas naturales que participan en las actividades de certificación realizadas por las entidades señaladas en la letra anterior cumplen una función pública en los términos del artículo 260 del Código Penal”.

<sup>18</sup> Busekist/Hein, *Der IDW PS 980 und die allgemeinen rechtlichen Mindestanforderungen an ein wirksames Compliance Management System*, CCZ, 2012, n.º 2, p. 41 y ss.; n.º 3, p. 86 ss.

<sup>19</sup> La norma ISO sobre calidad de los programas de cumplimiento se inspira en el Australian Standard 3086-2005 Compliance Programs y tal como señala su finalidad “is to provide principles and guidance for organization designing, developing, implementing and improving an effective compliance program”.



hacerse normalmente de manera eficaz tras realizar una investigación interna. Igualmente las investigaciones internas son el complemento indispensable de los canales de denuncias y son necesarias para la imposición de sanciones disciplinarias, que, como explica *Lascuraín*, constituyen una garantía de vigencia de los Códigos Éticos y de las políticas de empresa.

Precisamente los problemas jurídicos de las investigaciones internas derivan de la variedad de objetivos que deben perseguir, de sus diversos escenarios. Tal como señala *Moosmayer* el marco jurídico de las investigaciones internas proviene principalmente del derecho del trabajo y del derecho de protección de datos, pero los derechos de los empleados como personas investigadas dependen en buena medida del objetivo de la investigación. Cuando se trate de investigaciones dirigidas a colaborar con la administración de justicia (aportando pruebas o designando a los responsables individuales), los empleados sospechosos deben tener ya en la investigación interna derechos similares a los que gozan en el proceso penal. De otro modo, la investigación interna se convertiría en una forma de privatización de la fase de investigación, destinada a eludir las garantías procesales. El resultado práctico de una investigación interna realizada desconociendo las garantías del empleado sospechoso investigado sería además que el juez no podría tener en cuenta los elementos de prueba o las informaciones recabadas por la empresa ilícitamente.

Igual ocurre con aquellas investigaciones internas que atienden a la imposición de sanciones disciplinarias. Tal como señala también en su trabajo *Juan Antonio Lascuraín* deben aplicarse garantías similares o comunes al tronco del derecho sancionador. La aplicación de garantías, en cualquier proceso o sector del derecho, va siempre unida a su formalización. Por esta razón, conviene que las empresas establezcan también una política de sanciones disciplinarias, fijen con claridad los derechos y obligaciones de los empleados en las investigaciones internas y los elementos esenciales del proceso de la investigación. Determinar previamente estas cuestiones otorga legitimidad a dos instrumentos de la *compliance*, tanto las investigaciones como las sanciones disciplinarias, cuya utilización puede provocar problemas dentro de la empresa.

#### **4. La responsabilidad de los gatekeepers**

Cuando en una empresa se plantea la implantación de un sistema de *compliance* una de las preguntas que suele surgir de inmediato es, lógicamente, la

del tipo de responsabilidad en la que pueden incurrir las personas encargadas de la supervisión o la implementación del sistema si no realizan correctamente su trabajo. ¿Pueden los responsables de cumplimiento tener algún tipo de responsabilidad en el delito de corrupción cometido por un directivo, si ante las evidencias de que algo anormal ocurría en su sección no realizaron algún tipo de investigación o si archivó alguna denuncia? ¿su responsabilidad termina cuando informa a los administradores o además, si estos permanecen inactivos, debe poner el hecho en conocimiento del juez?

No se trata de preguntas sencillas de responder. En las últimas décadas, y al lado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, otra de las estrategias de control del comportamiento empresarial que ha puesto en marcha el legislador es la nueva creación de funciones de vigilancia y control que encarga a vigilantes o *gatekeepers*. En la acepción original del término los “vigilantes” eran profesionales independientes, externos a la organización de la empresa, que tenían como función el control de la actividad de la actuación de las corporaciones, con el fin de salvaguardar determinados intereses colectivos. En esta categoría se han encuadrado desde los auditores externos, los abogados de la empresa en materia de mercado de valores, hasta los notarios cuya función era dar la voz de alarma ante determinadas irregularidades de la empresa a la que tenían acceso gracias a su función.

Los programas de cumplimiento, en cierto modo, crean una nueva casta de *gatekeepers* internos: los *compliance officers* o, en general, personas que dentro de la empresa se les asigna la prevención de un determinado riesgo penal (corrupción, accidentes laborales, delitos contra el medio ambiente...). A primera vista, tanto la posición, como la función de este grupo de personas resulta diferente a las anteriores. Mientras que los *gatekeepers* externos son independientes y no actúan, por tanto, sometidos a la dirección empresarial, el grupo de los *compliance officers* son en realidad delegados de esta dirección. Ahora bien, no siempre es tan sencillo distinguir a priori entre ambos grupos. Como hemos señalado, los programas de cumplimiento deben avanzar hacia la independencia de sus responsables y hacia la externalización de alguna de sus funciones. Por lo que en muchos casos las diferencias entre ambos grupos serían menores. Es más, en algunos casos la función de vigilancia puede estar más intensificada en el caso de estos nuevos guardianes, como puede ser por ejemplo el despacho de abogados que gestiona el canal de denuncias de una empresa. Por otro lado, la creación de *gatekeepers* internos no es una decisión autónoma del empresario, que cae dentro de su libertad de configuración, en ámbitos como el mercado de valores, la

prevención de riesgos laborales o la prevención del blanqueo de capitales, la ley obliga a crear unidades de cumplimiento que garanticen el respeto a la ley y la protección de determinados colectivos.

Desde el punto de vista penal, la responsabilidad de los *gatekeepers*, ya sean internos o externos, se estudia desde el punto de vista de la comisión por omisión. La pregunta esencial es por tanto en que medida pesa sobre ellos un deber de garantía que les responsabilizaría, ya sea como autores, ya como cómplices de la no evitación de determinados delitos. Dada la variedad de situaciones y funciones que se esconden bajo este nombre, el camino metodológicamente correcto es el que propone *Jacobo Dopico*, debe dejarse de lado todo nominalismo (el nombre *compliance officer* puede esconder situaciones muy diversas y que nada tienen que ver de empresa a empresa) y atender a los diversos tipos de vigilantes y las funciones que en concreto desarrollan en cada caso.

Desde este punto de vista, a la hora de fijar el deber de garantía del vigilante, creo que resulta esencial la aportación consistente en distinguir entre vigilantes que deben actuar como “perros de presa” (supervisión activa) e investigar posibles irregularidades y aquellos como “perros guardianes” (supervisión pasiva), que operan en un marco de relaciones presididas por el principio de confianza, en las que parten de que los supervisados actúan de manera correcta y sólo cuando existen indicios de conducta irregular deben activar sus deberes de supervisión. Al *compliance officer* en la práctica rara vez se le atribuyen funciones de “perro de presa”, dado que sus funciones supervisoras son pasivas, sus obligaciones de garante sólo le constriñen a actuar cuando existen indicios de una conducta irregular. Por esta razón, sus riesgos penales van asociados sobre todo a silenciar irregularidades de las que tenga noticia. Como expone *Dopico* apenas es posible imaginar supuestos, al menos en el ámbito de los delitos dolosos, donde la responsabilidad se derive de una deficiente implantación del programa de cumplimiento con carácter general.

Al lado de esta primera característica material, a mi juicio, el segundo dato que debe tenerse en cuenta es el grado de independencia del “poder” del vigilante interno. Si el *compliance officer* o el encargado de un determinado riesgo (blanqueo de capitales, riesgos laborales) actúa como un mero delegado de la dirección, el problema con el que nos podemos encontrar es que pueda ser utilizado como chivo expiatorio, como cortafuegos de la responsabilidad de la dirección empresarial. Por esta razón, antes de afirmar su deber de garantía es

necesario comprobar si, desde un punto de vista fáctico, el superior delegó en él el poder y los medios suficientes para ejercer correctamente su función. Si a la vista de la estructura del poder dentro de la empresa, resulta impensable que el responsable del canal de denuncias pueda denunciar la irregularidad que está llevando acabo determinado directivo, no deberíamos afirmar la existencia de un deber de garantía. Por el contrario, cuando tal como se ha propuesto, los responsables de cumplimiento sean autónomos e independientes frente a la dirección de la empresa su posición de garantía será mucho más clara. Es lo que ocurre por ejemplo con los miembros del órgano de vigilancia al que hace referencia en Italia el decreto legislativo 231 o con el abogado externo que gestiona el canal de denuncias y silencia irregularidades o que intencionadamente omite investigar determinados hechos.



# El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico\*

KLAUS TIEDEMANN

Universidad de Friburgo i. Br.

## I. DIÁLOGO ALEMÁN-ESPAÑOL EN EL DERECHO PENAL ECONÓMICO

Dentro de la larga y fructífera tradición del derecho comparado, el derecho penal económico conforma, desde hace escasas décadas, un nuevo espacio del diálogo permanente entre penalistas españoles y alemanes. En España, el libro de *Bajo Fernández "Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial"* (Madrid 1978) constituyó un hito en el desarrollo de la ciencia penal sobre esta materia, y la magistral segunda edición de su manual, junto con *Silvina Bacigalupo* con el título "*Derecho Penal Económico*" (Madrid 2010) está, sin duda, a la altura de los manuales correspondientes en Alemania, Francia e Italia. Los esfuerzos científicos han conducido a notables innovaciones en los códigos penales, comenzando con la 1.ª Ley de Lucha contra la criminalidad económica, de 1976, en Alemania (y la 2.ª Ley de 1986) hasta la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma el Código Penal español.

Antes de analizar las últimas novedades en el derecho penal económico, debe mencionarse que la praxis judicial se ha beneficiado también de este intercambio de ideas. Alemania aportó una experiencia importante en materia de adulteración y falsificación de alimentos y de objetos de uso con el caso *Erdal*. Los usuarios de un *spray* para zapatos y otros productos de cuero sufrieron daños considerables en la salud, que consistieron fundamentalmente en edemas pulmonares. Pese a que los toxicólogos, en sus peritajes, no llegaron a ninguna conclusión, el Tribunal Supremo alemán, en su sentencia del 6 de julio de 1990, confirmó la

---

\* Texto de la conferencia pronunciada por el autor el día 1 de diciembre de 2008, en la Residencia de Estudiantes (Madrid) con motivo de la presentación de la edición española del Manual de Derecho penal económico, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

condena de los directores de la empresa *Erdal*. El Tribunal consideró que aunque no existía un conocimiento causal suficiente entre el uso del spray y las lesiones, resultaba suficiente para la condena la exclusión de otras causas reales o hipotéticas<sup>1</sup>. Dos años más tarde el Tribunal Supremo español, en su sentencia de 23 de abril de 1992<sup>2</sup>, en el “caso de la colza”, aceptó esta ampliación de la doctrina de la causalidad, después de que el ponente del asunto había estudiado en Friburgo la decisión alemana y los análisis que de la misma se habían publicado.

Otro ejemplo, esta vez en el ámbito legislativo y de organización de la Justicia, es la determinación de la competencia en la Audiencia Nacional sobre las “defraudaciones que producen o pueden producir grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial en una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia” (art. 65. 1.º c LOPJ). Esta fórmula recoge en su primera parte, casi literalmente, los términos utilizados por la Ley penal económica alemana de 1949 (§ 6) para la delimitación entre los delitos económicos y las infracciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*)<sup>3</sup>.

La segunda parte de la citada fórmula del legislador español sigue la tendencia del Código Penal de incluir en el concepto de delito económico determinados delitos patrimoniales, tal como hace el Título XIII del Código Penal (“delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”), con el beneplácito de los comentaristas más destacados. Tanto *Bajo, Bacigalupo*<sup>4</sup> como *Suárez González*<sup>5</sup> definen el delito económico en sentido amplio como aquella infracción que, afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesiona o pone en peligro, en segundo término, la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (Bajo). Personalmente he defendido una definición muy similar, partiendo de la estructura conceptual del derecho económico y

---

<sup>1</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, Valencia 2010, Parte General, nota marginal 172 con referencias; en sentido afirmativo Hilgendorf, Jescheck/Weigend, Schöne-mann y Walter; en contra especialmente Hassemer.

<sup>2</sup> También publicada en la *Neue Zeitschrift für Strafrecht* “NSzZ” 1994, p.730 y ss.

<sup>3</sup> Texto del § 6 en Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, nota marginal 50.

<sup>4</sup> Cfr. Bacigalupo/Bajo, *Derecho Penal Económico*, Madrid 2010, cap. 4, notas marginales 10 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Rodríguez Mourullo y Barreiro, en el brillante *Comentarios al Código Penal*, Madrid 1997, p. 675 y ss.

de la empresa<sup>6</sup>. Por esta razón considero que el legislador alemán, a largo plazo, tendría que fijarse en la sistemática del Código Penal español con el fin de introducir más orden en la sección XXII de la Parte Especial del Código Penal alemán, que hasta ahora se conforma bajo el título de “Estafa y administración desleal” (*Betrug und Untreue*). Al lado de estos delitos debería tipificar otros delitos similares pero con bienes jurídicos supraindividuales, dejando la mayoría de las materias económicas del CP español en las leyes especiales penales.

## II. PROTECCIÓN DE LOS BIENES JURÍDICOS INTERMEDIOS

Con el fin de caracterizar los bienes jurídicos protegidos en materia económica me he servido del término “intermedio”, con ello pretendo señalar que se trata de bienes situados entre el orden económico y el particular con sus intereses patrimoniales u otro tipo de intereses. Esta doctrina de los bienes jurídicos intermedios ha sido aceptada por parte de la dogmática alemana (*Bottke, Schönemann*). En España ha sido analizada ampliamente y aceptada en parte por *Martínez-Buján Pérez*<sup>7</sup>, aunque escapa a este meritorio autor el que muchos de estos bienes intermedios se condensan en instituciones como son la libre competencia, la libertad de precios, la seguridad social, la hacienda pública, el crédito mercantil, las subvenciones públicas, la publicidad como medio para informar a los consumidores o los balances y otros documentos de contabilidad, con el fin de informar a los (actuales y posibles) acreedores etc.

Tales instituciones se conciben en el sentido del gran publicista francés *Maurice Hauriou* (“*Théorie de l’institution*”). Son realidades sociales que necesitan ciertas condiciones para funcionar y que resulta legítimo proteger bajo determinadas circunstancias<sup>8</sup>. *Kindhäuser*, en su última publicación<sup>9</sup>, ha precisado esta idea, estimando legítima la protección penal de la producción, del uso y de la exportación de objetos peligrosos en sentido amplio (como armas y material de doble uso, pero también de sistemas y programas informáticos) o materias pensadas a

---

<sup>6</sup> Cfr. *Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico*, n. 13.

<sup>7</sup> Cfr. *Martínez-Buján, Derecho Penal Económico*, Valencia 1998, Parte General p. 100 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. *Tiedemann, Manual de Derecho Penal Económico*, núms. 45 y 48 con remisión histórica a la noción del “*falsum*” que sobreviene en la falsedad documental, v. loc. cit. n. 58.

<sup>9</sup> LH *Tiedemann*, Lima 2011, vol. II, p. 1115 y ss.



los abusos, como las subvenciones, en las que la falta de contraprestación como medio económico natural de control determina su carácter criminológico, y en las que debido al principio del *cost-benefit* el establecimiento de otros controles adicionales resulta limitado.

El legislador español mediante su última reforma de 2010 tutela los medios de pago distintos al efectivo, esto es, las tarjetas de crédito, de débito y los cheques de viaje. El nuevo art. 248. 2c) del CP considera constitutivo de estafa el abuso de estos medios. Para la jurisprudencia alemana, el tipo penal correspondiente a los abusos de tarjetas de crédito, constituye un delito socio-económico que tutela no sólo el patrimonio, sino también la capacidad funcional de los medios de pagos distintos al efectivo<sup>10</sup>. El *Leipziger Kommentar*<sup>11</sup> propone como modelo la legislación española, portuguesa y suiza con el fin de pedir al legislador alemán la inclusión de las tarjetas de débito y los cheques de viaje en el tipo penal alemán vigente que se limita a las tarjetas de crédito. El fondo común de todas las legislaciones mencionadas es que, como consecuencia de la regulación civil, no existe error en la persona que suministra la mercancía o presta el servicio<sup>12</sup>.

### III. CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

En España representa una total novedad el tipo penal de *corrupción entre particulares* (art. 268 bis), introducido en el Código Penal para implementar la Directiva de la Unión Europea<sup>13</sup>. Esta europeización del derecho penal nacional tuvo sus principios en los tipos penales de blanqueo de capitales (arts. 301-304 C.P.), los delitos bursátiles (art. 285 C.P. y Ley del Mercado de Valores) y más tarde en el fraude de subvenciones de la UE (art. 309 C.P.) y el fraude a los presupuestos generales de la UE (art. 306 C.P.), ambos tipos previstos en el Convenio de Protección de los Intereses Financieros (PIF) de la Unión<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho Económico*, n. 399 con ref.

<sup>11</sup> 12.ª ed. Berlín, 2011, de Möhrenschrager, § 266 b nota marg. 4.

<sup>12</sup> Cfr. Tribunal Supremo alemán, coll. of. vol. 33 p. 247 y Tiedemann loc. cit. nota marginal 397; para Suiza cp. Hurtado Pozo "*Droit Pénal Partie Spéciale*", Ginebra, Zurich, Basilea, 2009 nota marg. 1260 con ref.

<sup>13</sup> Ya Nieto Martín en *Revista Penal* 10, 2002, pp. 55-69.

<sup>14</sup> Cfr. Nieto Martín, *La armonización del Derecho penal ante el Tratado de Lisboa y el programa de Estocolmo*, en *Revista General de Derecho Penal*, 13, 2010; también en *Revista Penal*, 27, 2011, p. 78 ss.

Otros Convenios internacionales como, por ejemplo, el del Consejo de Europa sobre *cybercrime* y actos legislativos de la UE han obligado tanto al legislador alemán como al español a una mejor protección penal de los sistemas y programas informáticos (v. últimamente art. 264 C.P. español, introducido por la LO 5/2010 precitada) y de la propiedad industrial e intelectual. En estas materias la necesidad de protección penal es evidente, pese al haber estado protegidas tradicionalmente por el derecho penal aparecen de manera constante nuevas formas de ataque. Solo hay que pensar en los grandes escándalos de *pishing* de datos, en el *hacking* (entrar en el sistema informático sin autorización, con la finalidad, por ejemplo, de apoderarse de secretos de empresa o de secretos militares) o en la piratería de marcas y productos, como, por ejemplo, los farmacéuticos.

La corrupción entre particulares fue durante todo un siglo una particularidad de los países anglosajones y germánicos, que inicialmente se encontraba en la Ley alemana sobre competencia desleal de 1909. El nuevo tipo penal español castiga a los empleados o colaboradores de una empresa mercantil, sociedad, organización etc. que acepten o soliciten beneficios o ventajas de cualquier naturaleza y también a los que las ofrezcan o concedan con el fin de favorecer a estas últimas personas (o empresas) en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. En Alemania, por ejemplo, han sido condenados por este delito, desde médicos de la seguridad social que aceptaban dinero y regalos por parte de empresas farmacéuticas para recetar preferentemente medicamentos de la empresa “donante”<sup>15</sup>, hasta los administradores de la conocida cadena de electrodomésticos Media Markt, que solicitaban ventajas personales para la admisión de los productos Philips en el supermercado. ¿De qué depende la punibilidad? ¿De la calidad de la mercancía? ¿De la corrección en recetar un medicamento? ¿De conceder un préstamo seguro por el empleado de un banco o de una sociedad aseguradora<sup>16</sup>? En Alemania hemos tenido condenas en todos estos casos porque la jurisprudencia, de manera constante, quería combatir el peligro abstracto que representa la toma de decisiones económicas interesadas<sup>17</sup>. A mi juicio, y tal como he desarrollado en mi Manual,

---

<sup>15</sup> Cfr. Caso Ratiopharm, Tribunal Superior de Hamburgo, GEsundheitsrecht 2011, p. 164 y ss., cfr. Tiedemann loc. cit. nota marginal 142.<sup>a</sup>

<sup>16</sup> Caso Aachener/Münchner Lebensversicherung” cfr. Tiedemann loc. cit. nota marginal 201.

<sup>17</sup> Vid. últimamente Tribunal Supremo alemán, Neue Juristische Wochenschrift 2006 p. 3298 “caso Allianz Arena München” donde un gerente de la sociedad organizadora de un concur-

esta jurisprudencia debe ser rechazada<sup>18</sup>. De acuerdo con la doctrina dominante y el principio constitucional de proporcionalidad, resulta necesario comprobar la peligrosidad en concreto de estas conductas, tal como mantiene el TC alemán y el TJUE, en el caso del material de doble uso, que presenta una problemática similar a la de los delitos de peligro abstracto.

Es verdad que, de acuerdo a su redacción actual, el tipo penal alemán de “corrupción privada” o entre particulares, constituye un delito contra la competencia, con el elemento típico objetivo de la deslealtad del empleado o encargado. En Alemania existe actualmente un proyecto de ley, cuya finalidad es transponer la Decisión Marco del Consejo de la UE del 22 de julio de 2003, cuya fórmula legal es casi idéntica al nuevo tipo español. En el derecho inglés, se habla de *corruptly* desde el *Prevention of Corruption Act*, de 1906, que sirvió de modelo al legislador alemán en 1909. La deslealtad se considera como una cláusula general, basada en la ética económica<sup>19</sup>. La nueva fórmula de la violación de una obligación laboral también constituye un elemento normativo del tipo muy impreciso en los casos en que el contrato laboral no señala nada al respecto. Para adecuar la fórmula a las exigencias del “*nullum crime sine lege (certa)*” deben limitarse las obligaciones tácitas del empleado a aquellas con cierta importancia (p.e. controles de calidad y de condiciones de pago). En otras palabras, la violación de deberes tiene que tener peso, o ser “agravada”, de modo similar a la jurisprudencia existente en relación al delito infidelidad patrimonial (§ 266 C.P.), que *Bajo y S. Bacigalupo* han recomendado como modelo para la jurisprudencia española sobre este delito<sup>20</sup>.

De este modo, el tipo de corrupción entre particulares debe ser objeto de una doble restricción interpretativa conforme a la Constitución y la interpretación “favorable al Derecho de la Unión” (*gemeinschaftsfreundliche Auslegung*). Ha de tratarse de personas con poder de decisión y de acciones de infidelidad, lo que excluye deberes secundarios sin peso<sup>21</sup>.

---

so para la construcción del estadio del Bayern München había aceptado el corretaje de 2% por parte del constructor austriaco quien finalmente ganó la adjudicación.

<sup>18</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, PE n. 199 con ref.

<sup>19</sup> Cfr. Tiedemann, en *Leipziger Kommentar* 12a ed. vol. 10, Berlín 2008, nota marg. 4 antes del § 298 con referencias.

<sup>20</sup> Cfr. art. 295 C.P. español, v. *Bajo/Bacigalupo* loc. cit. cap. XIII nota marg. 68, p. 632.

<sup>21</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, nota 45 y s. al § 299 con ref.

#### IV. EL ALCANCE DE LOS PROGRAMAS DE COMPLIANCE

Tanto los médicos que aceptaron dádivas de empresas farmacéuticas, como los empleados de éstas, actuaban violando códigos éticos o de conducta<sup>22</sup>, que evidentemente no pudieron impedir las conductas delictivas. Como puede apreciarse, la eficacia de estos instrumentos resulta dudosa, por lo que existen considerables reservas, sobre todo en Francia y en Alemania, frente a la moda importada de los EE.UU. de los *compliance programs*. En esta país, tras las *Guidelines for sentencing organizations*, las empresas utilizan estos programas muchas veces como una pantalla protectora contra las sanciones estatales y las investigaciones criminológicas informan como los altos directivos de empresas con programas impresionantes hacen a la vez un “guiño” para la comisión de delitos. Como he señalado en mi Manual en relación a este tipo de *soft law*<sup>23</sup>, su carencia principal radica en que son voluntarios y su infracción no va acompañada de una sanción externa. Esta debilidad estaba sobre todo presente en los primeros códigos de conducta de la ONU, de la OECD, etc., relativos a empresas multinacionales que no están sometidas a sanciones penales por instituciones internacionales.

Actualmente, la práctica y la legislación, establecen a través de distintas maneras sanciones. Por ejemplo, en Alemania, la transformación de los códigos éticos en materia de obligado cumplimiento, cuyas infracciones resultan sancionadas, ha tenido lugar de la mano del § 161 de la Ley de Sociedades Anónimas, que aunque califica el *Deutsche Corporate Governance Kodex* (Reglas de buena dirección y de control de empresas) como “recomendaciones”, obliga a las sociedades admitidas en la Bolsa a declarar, como parte de la contabilidad anual, qué recomendaciones han sido seguidas y cuáles no lo han sido y por qué. Esta declaración debe ser publicada en Internet. Si la información no corresponde a la verdad resulta punible según el § 331 n. 1 del Código de Comercio, que corresponde al art. 290 del C.P. español (“Información inveraz en cuentas anuales y otros documentos”). El primer caso conocido ha sido juzgado por el Tribunal Supremo alemán en el asunto *Kirch/Deutsche Bank*<sup>24</sup>, en el que se abordó la falta de información relativa a un conflicto de intereses dentro del consejo de vigilancia de la *Deutsche Bank*. Este conflicto de intereses provenía del proceso que

---

<sup>22</sup> Cfr. Brockhaus et. al. Wistra 2010, p. 418 con ref.

<sup>23</sup> Cfr. Tiedemann, loc. cit., PG nota 8 y s.

<sup>24</sup> Cfr. *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2009, p. 464.

*Kirch* tenía abierto contra el ex presidente de la junta directiva del Banco, *Breuer*, quien en una entrevista y de manera pública puso en duda la solvencia del grupo.

El Tribunal Supremo alemán utiliza además, desde el caso Siemens, en relación a un delito de corrupción entre particulares, el *Governance Kodex* como criterio para determinar el contenido de los deberes del administrador de la sociedad. En este caso concreto, el Código resultó relevante para considerar delictiva la utilización de los bienes de la sociedad para el pago de sobornos con el fin de ganar un concurso convocado por el grupo italiano *Enel*, para entregar turbinas de gas a Italia<sup>25</sup>.

Igualmente en los delitos imprudentes los códigos de “*compliance*” pueden ser aplicados para determinar la medida del cuidado necesario.

## V. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

En EE.UU. los *compliance programs* también son utilizados en el campo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de otras corporaciones, en cuanto que su implantación efectiva puede reducir la responsabilidad penal. E igual ocurre en Italia, en relación a la responsabilidad administrativa de entes colectivos. En España, *Nieto Martín* ha propuesto en varias publicaciones un mecanismo jurídico semejante para basar la culpa de la persona jurídica en la falta de autorregulación permanente<sup>26</sup> y *Gómez-Jara Díez*<sup>27</sup> ha desarrollado, con profundos análisis de las teorías de Derecho el concepto de autorresponsabilidad empresarial y culpabilidad constructivista, como principio de una verdadera culpa propia de las personas jurídicas, principio que sostiene también la Unión Europea en su praxis de sanciones por actividades restrictivas de la competencia<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> Cfr. BGH vol. 52, p. 335, donde el Tribunal rechaza la afirmación de la defensa de que las reglas pertinentes de “*compliance*” fueran meras fachadas.

<sup>26</sup> vid. Nieto Martín, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid 2008, también en *LH Tiedemann*, Berlín 2008, p. 485 y ss.

<sup>27</sup> vid. Gómez-Jara Díez, *La responsabilidad penal de la empresa*, Madrid, 2005.

<sup>28</sup> vid. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, PG, nota 270 con ref.

Estas ideas resultan atractivas no únicamente para mí, sino también para autores italianos<sup>29</sup>, suizos<sup>30</sup>, y latinoamericanos<sup>31</sup>. Desde hace más de 20 años que vengo defendiendo la tesis de que el defecto de organización constituye el fundamento y legitimación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque no como elemento del tipo penal como lo hace el legislador suizo desde 2003 en el nuevo art. 102 de su Código Penal<sup>32</sup>. El legislador suizo ha institucionalizado sobre esta base dogmática la culpa autónoma de la empresa. De este modo debe comprobarse la organización deficiente de la empresa y no una voluntad. Dicho con otras palabras, el juez suizo debe constatar las circunstancias, de hecho y de derecho, que han facilitado la comisión del delito<sup>33</sup>.

A la luz del derecho comparado, el legislador español, a través del art. 31 bis del Código, ha establecido la responsabilidad penal a las personas jurídicas mediante una solución semejante a la del *Nouveau Code pénal* francés de 1994 y contraria al modelo suizo. El primer párrafo del art. 31.1 bis del Código Penal español comparte con el francés la restricción de los autores físicos, los administradores de derecho y de hecho, de los que puede derivarse la responsabilidad de la persona jurídica (y hacerla autor, porque la persona jurídica tiene la capacidad de acción, realizada por sus representantes legales). Igualmente la fórmula del actuar “por cuenta de la persona jurídica” parece tomada del Código Penal francés (“*pour le compte*”), a pesar de ser muy criticada por su imprecisión en la doctrina francesa<sup>34</sup>. La Corte de Casación francesa, en su sentencia del 2 de diciembre de 1997, ha establecido una teoría de la imputación mediante la que se atribuye, o imputa, la culpabilidad y sobre todo el dolo y la imprudencia del autor físico a la persona jurídica. En el derecho alemán, este modelo de imputación (vicarial) ha sido adoptado en materia de infracciones penal-administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*, v. § 30 OWiG). El Tribunal Constitucional alemán ha declarado incluso,

---

<sup>29</sup> vid. Paliero en, *LH Tiedemann*, Berlín 2008, p. 506 y ss.

<sup>30</sup> vid. Hurtado Pozo, en *LH Schmid*, Zurich 2001, p. 205 y ss.

<sup>31</sup> vid. Reyes, en *LH Tiedemann*, p. 415 y ss.; y Zúñiga, *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia 2008, y Jean Pierre Matus en este libro.

<sup>32</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho Penal Económico*, nota 244 a; cfr. también Bajo/S. Bacigalupo, cit. p. 156 y ss.

<sup>33</sup> Cfr. Hurtado Pozo, en *LH Schmid*, loc. cit., p. 202 y ss., con ref. y motivos.

<sup>34</sup> Cfr. Pradel, en Tiedemann, dir., *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, Colonia y Berlín 2002, p. 42 y ss.

que este modelo sería también aceptable en el derecho penal<sup>35</sup>. El legislador suizo, por el contrario, no considera que la acción delictiva de cada empleado o trabajador sea suficiente para atribuir la responsabilidad de la empresa, rechazando por ello el modelo vicarial e inclinándose por una culpa autónoma de la entidad<sup>36</sup>.

La semejanza con la construcción de la responsabilidad de las personas jurídicas con el Código penal francés puede conducir a la conclusión de que el art. 31 bis. 1 párr. 1 ha consagrado este modelo de imputación, tal como ha analizado, y criticado, *Rodríguez Mourullo*<sup>37</sup>. *Nieto Martín* ha criticado esta conclusión y en su contribución más reciente apuesta por una interpretación del primer párrafo del art. 31 bis en el sentido de una culpabilidad propia de la persona jurídica, y esto esencialmente por dos razones dogmáticas: 1. El ap. 1 párr. 2 declara a la persona jurídica responsable también de los delitos cometidos por personas de rango inferior, cuando estos delitos han podido ser realizados debido a una falta del “debido control” sobre estas personas; y 2. Porque el ap. 3 no exime a la persona jurídica de responsabilidad cuando existen “circunstancias que afectan a la culpabilidad” del autor físico<sup>38</sup>.

El primer argumento resulta dudoso a la luz del derecho comparado. En las *Ordnungswidrigkeiten* del derecho alemán se hace también responsable a los representantes legales por los hechos cometidos por las personas sometidas a su autoridad, en el mismo sentido que indica el art. 31 bis ap. 1 párr. 2<sup>39</sup>. La autoridad de los superiores conduce precisamente a un deber de garantía que les obliga a impedir los delitos de sus subordinados, ejerciendo el debido control. Pero no se trata de una obligación que proviene de un deber de la persona jurídica, tal como lo establece el art. 102 del Código Penal suizo, hablando expresamente de las medidas de organización que la empresa debe instituir y de un deber de la persona jurídica como tal. Esto corresponde a la opinión alemana predominante sobre la interpretación del § 130 OWiG.

<sup>35</sup> *vid. caso Bertelsmann*, en Tiedemann, n. 244.

<sup>36</sup> *Cfr. Hurtado Pozo, Droit Pénal Partie Générale*, 2008, notas marg. 1258 y ss.

<sup>37</sup> *Cfr. Rodríguez Mourullo*, en *LH Tiedemann*, Berlín 2008, p. 557 y ss.

<sup>38</sup> *Cfr. Nieto Martín*, La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010, *Revista Xuridica Galega*, n 13, 2010; también en Berdugo y otros, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Ediciones Experiencia, 2010, p. 543 ss.

<sup>39</sup> *vid. § 30* en relación con § 130 OWiG; v. Tiedemann loc. cit. n 247 con jurisprudencia alemana.

El segundo argumento de Nieto se apoya sobre el término “afectar a la culpabilidad” del autor físico. Este término comprende tanto a las circunstancias atenuantes del art. 21 CP como las eximentes de responsabilidad del art. 19 CP español. Si no hay culpa del autor físico, es evidente que no se puede imputar culpa ajena a la persona jurídica, como explica muy bien Rodríguez Mourullo<sup>40</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista del derecho comparado sería posible distinguir entre eximentes personales (por ejemplo, inimputabilidad, o miedo insuperable) y objetivas o externas (p.ej. estado de necesidad), como establecía la legislación alemana anterior a la IIGM relativa a la teoría estricta de la participación, con el fin de permitir la sanción del adulto que participaba en un delito cometido por el menor. Igualmente es posible, como hace la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo y en la práctica jurisprudencial alemana sobre *Ordnungswidrigkeiten*, imputar los elementos estrictamente psicológico-subjetivos, como el dolo y la intención, a la persona jurídica, quien, por el contrario, sí puede actuar por imprudencia y por omisión<sup>41</sup>. Así es necesario distinguir entre delitos dolosos y delitos imprudentes a nivel de los autores físicos, según la jurisprudencia alemana sobre *Ordnungswidrigkeiten* y los motivos del legislador español<sup>42</sup>. Se trataría entonces de una base mixta para establecer y comprobar la culpa de la persona jurídica. Esta culpa es en principio autónoma y normativa y se centra en la falta de organización. Sin embargo esta falta de organización no necesita comprobación en todos los casos. A diferencia del derecho suizo, solamente debe probarse en el segundo párrafo del art. 31 bis. 1. Tampoco la implementación de programas de cumplimiento exime a la persona jurídica automáticamente de la responsabilidad atribuible por la comisión de delitos cometidos por sus órganos y representantes con un poder de mando.

En resumen, la solución dogmática propuesta por mí resulta fácil cuando se considera el dolo como elemento del tipo de injusto: Hay atribución de la acción típica del autor físico a la persona jurídica, y hay culpa autónoma de la misma, determinada por los criterios de la Comisión Europea en materia de infracciones contra la competencia.

---

<sup>40</sup> Cfr. Rodríguez Mourullo, loc. cit., p. 560 y s.

<sup>41</sup> Así Harding, en Doelder/Tiedemann, dirs., *Criminal Liability of Corporations*, Dordrecht, Boston, Londres 1995, p. 369 y ss. y en Tiedemann, *Freiburger Begegnung*, Heidelberg 1996, p. 50.

<sup>42</sup> vid. Rodríguez Mourullo, loc. cit., p. 561 con referencia.



Con esto tengo que finalizar mi breve conferencia para no intervenir aún más en la solución de un problema de interpretación que plantea al Código Penal español, con su novedad más importante que es la posibilidad de sancionar a empresas en forma de personas jurídicas con verdaderas sanciones penales, sobre todo con multas de hasta cinco años en el sistema de días-multa.

He querido aportar, con estas reflexiones modestas aspectos de derecho comparado para la futura discusión dogmática española. Y termino con la esperanza que la novedosa solución de España sea un estímulo para recomenzar la discusión sobre la punibilidad de personas jurídicas y empresas en Alemania, tras los votos positivos de los legisladores en Francia, Suiza, Países Bajos, Bélgica, Gran Bretaña, los países escandinavos y Finlandia para no hablar de todos los países del Este de la Unión Europea y de aquellos con tradición anglosajona en este mundo y, también, naturalmente, en nuestra América latina.

# La persona jurídica acusada en el proceso penal español

JUAN-LUIS GÓMEZ COLOMER

*Universidad Jaume I, Castellón*

## I. DOGMÁTICA PENAL Y PRAGMATISMO PROCESAL: LOS ENTRESIJOS DEL PLANTEAMIENTO LEGAL

Cuando el legislador acomete una reforma institucional en profundidad, en cualquier ámbito jurídico, y toma partido por una u otra postura sin que la doctrina, seguramente después de muchos años de discusión, haya resuelto previamente la cuestión, o al menos manifieste una opinión claramente mayoritaria, se corre el riesgo de aumentar de manera determinante los problemas jurídicos en la teoría, haciendo muchos de ellos muy difíciles de resolver o sencillamente irresolubles en la práctica, en vez de facilitar su solución y llevar a una decisión justa, que es el fin de toda norma sustantiva<sup>1</sup>.

Cuando la resolución del conflicto debe hacerse necesariamente a través del proceso penal, como es el caso de la determinación de si un delito ha sido cometido y qué pena en caso afirmativo debe imponerse a su autor, tal acción legislativa en materia de Derecho Penal suele llevar al desorden y a la confusión además en el ámbito del Derecho Procesal, cuando no puramente al caos.

Esto es lo que ha ocurrido recientemente en España con ocasión de la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, mediante una ley de 2010<sup>2</sup>. Hasta esa fecha, el legislador español se había limitado a regular en el ámbito jurídico penal una especie de medidas cautelares aplicables a las personas

---

<sup>1</sup> Hemos tratado estos temas, más ampliamente, en GÓMEZ COLOMER, J.L., *El enjuiciamiento criminal de una persona jurídica en España: Particularidades sobre sus derechos fundamentales y la necesaria reinterpretación de algunos principios procesales a la vista de esta importante novedad legislativa*, Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal 2012, enero-abril núm. 27, pp. 199 y ss.

<sup>2</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (BOE del 23), por la que se modifica el Código Penal de 1995, entrada en vigor seis meses más tarde, concretamente el 23 de diciembre de 2010.

jurídicas y más tarde unas consecuencias accesorias, como una tercera sanción al lado de la pena y de la medida de seguridad, y poco más<sup>3</sup>. Con esa reforma, se entra de lleno en la problemática y se decide que las personas jurídicas sean penalmente responsables, sin estar el tema resuelto científicamente, ni siquiera de forma claramente mayoritaria, por lo que aun siendo deseo del legislador dar solución a determinados problemas jurídicos de enorme trascendencia que se estaban planteando, ya la doctrina ha puesto de relieve que la reforma ha creado muchos más problemas que ha solucionado y además algunos de ellos de manera irresoluble.

La gran sorpresa ha sido que la reforma penal de 2010 no contenía ni una sola norma procesal para hacer viable su enjuiciamiento<sup>4</sup>. O bien olvidó el pequeño detalle de pensar que la exigencia de responsabilidad penal sólo es posible en una democracia, como dije hace un momento, a través de un proceso penal; o bien pensó que una ley procesal penal resolvería el problema en paralelo, sin tener en cuenta ingenuamente que esa ley podría tener dificultades en su tramitación y finalmente no ser aprobada, como así acabó sucediendo. Sea como fuere, un olvido o un exceso de previsión, ello hizo que no se regulara ningún aspecto de ese proceso. La evolución posterior ha constatado y puesto de manifiesto con toda crudeza el desacierto legislativo y por eso se ha reparado cuanto antes, en concreto por medio de la Ley 37/2011, de 10 de octubre (BOE del 11), de Me-

---

<sup>3</sup> Las denominadas formalmente consecuencias accesorias se regularon en el artículo 129 del Código Penal, véase GÓMEZ COLOMER, J.L., *Constitución y proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid 1996, pp.189 y ss. El precepto fue reformado por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Hoy ha sido radicalmente modificado, pues ya prevé penas. Sobre los antecedentes, con más detenimiento, vide el recordatorio que hace ÚBEDA DE LOS COBOS, J.J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma del Código Penal aprobada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*, Revista La Ley Penal, diciembre 2010, pp. 27 a 31. Véase también MORALES PRATS, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), "La Reforma Penal de 2010: Análisis y Comentarios", Ed. Aranzadi, Pamplona 2011, pp. 62 y ss.

<sup>4</sup> Véase, como antecedente previo inmediato, el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, de 3 de noviembre de 2006, p. 42; pero el Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, elaborado por la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial, de 18 de febrero de 2009, que es sobre el texto que finalmente sería ley, no dice nada al respecto.

didadas de Agilización Procesal<sup>5</sup>, cuyo artículo primero está dedicado a la reforma del proceso penal, en el que por cierto, desmintiendo el título formal de la ley, no se contiene ni una sola medida de agilización. Tampoco se ha resuelto totalmente el problema procesal de las personas jurídicas, como comprobaremos en este escrito.

Hablar pues en España de la exigencia procesal penal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas ha sido durante unos meses pronunciarse sobre la nada, dado que no existía ninguna norma en vigor al respecto, aunque en el ínterin sí se han aplicado ya disposiciones penales sustantivas, no sabemos muy bien cómo<sup>6</sup>. El tener aquella ley ya aprobada nos va a ayudar lógicamente para no correr por más tiempo el riesgo de la inseguridad jurídica ni científica.

El punto de partida obvio respecto a la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas es el Derecho Penal sustantivo. No puedo hacer referencia sin embargo a ello en este escrito por razones de espacio. Únicamente llamaré la atención sobre el hecho de que un importante sector de la doctrina penal española, tan amante y fiel seguidora de la dogmática alemana, ha optado sin embargo, en forma nada casual ni sorpresiva a mi entender, por apartarse radicalmente de ella. Lo mismo cabe decir respecto a Italia, los dos países de mayor influencia dogmática en el ámbito penal y procesal penal entre nosotros. La opción española, se dice, se orienta más al modelo anglosajón, y en concreto al de los Estados Unidos de Norteamérica, y en cuanto a los países de la Europa continental, al modelo francés. Una mezcla no siempre clara.

Ciertamente, es difícil encontrar hoy en día un país económicamente relevante, desarrollado, en el que se pueda afirmar tajantemente que no hay prevista una responsabilidad especial de la persona jurídica en caso de producirse ciertos hechos, sobre todo teniendo en cuenta que una mayor y mejor industrialización

---

<sup>5</sup> La convocatoria anticipada de elecciones no afectó a la aprobación de esta ley, salvada expresamente por Las Cortes antes de su disolución a finales de septiembre de 2011.

<sup>6</sup> El primer caso real importante planteado (un grupo de unos 60 titulares de pagarés de Nueva Rumasa por valor de más de 10.000.000 €, ha presentado ante la Audiencia Nacional con fecha 10 de mayo de 2011 una querrela contra el fundador del grupo, José María Ruiz-Mateos, sus seis hijos varones y siete sociedades propiedad de la familia por los presuntos delitos de estafa, insolvencia punible, administración desleal y delito contra los intereses de los consumidores, véase en <http://www.expansion.com/2011/05/09/empresas/distribucion/1304964384.html>), será decisivo para orientar la práctica judicial inmediata.

lleva necesariamente a una colectivización de la vida económica y social<sup>7</sup>. En este sentido, la realidad muestra por un lado que se cometen muchos delitos por personas físicas que benefician a personas jurídicas, y por otro, que determinado tipo de delitos más modernos, como los que caracterizan la criminalidad organizada<sup>8</sup>, o los delitos contra el medio ambiente, son cometidos casi siempre por medio o con la ayuda de personas jurídicas<sup>9</sup>.

Ante la inoperancia práctica de la clásica responsabilidad civil de las empresas prevista tradicionalmente para estos casos, la política criminal de estos países reacciona frente a estos hechos de diversas maneras. Hoy en día son de observar dos tipos de medidas:

1.º) Unos países agravan el ámbito de las contravenciones, pero sin salirse de la naturaleza de derecho administrativo sancionador, y por tanto prevén para las personas jurídicas en estos casos un derecho cuasi penal<sup>10</sup>, si bien sin contemplar pena alguna, manteniendo a rajatabla el clásico principio *societas delinquere non potest*. No obstante, en ningún caso se trata de posiciones indubitadas<sup>11</sup>. Ello, porque las consecuencias económicas previstas en caso de contravención son tan

---

<sup>7</sup> Consúltense sobre los diferentes modelos adoptados por las legislaciones nacionales y supranacionales DOELDER, H./TIEDEMANN, K. (ed.), *La criminalisation du comportement collectif: XIV<sup>e</sup> Congrès international de droit comparé/Criminal liability of corporations: XIV<sup>th</sup> International Congress of Comparative Law*, Ed. Kluwer Law International, The Hague-Boston 1996, *passim*; y TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, en GÓMEZ COLOMER, J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)”, Ed. Universitat Jaume I, Castellón 1997, pp. 28 y 29. Véase también LEDERMAN, E., *Models for Imposing Corporate Criminal Liability: From Adaptation and Imitation Toward Aggregation and the Search for Self-Identity*, Buffalo Criminal Law Review 2000, vol. 4, pp. 650 y ss.

<sup>8</sup> Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2011, de 2 de junio, sobre la reforma del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010 en relación con las organizaciones y grupos criminales.

<sup>9</sup> Véase HURTADO POZO, J./MEINI MÉNDEZ, I., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, Ed. Tirant lo Blanch y Universidad de Alicante, Valencia 2001, pp.77 y 78.

<sup>10</sup> Véase por todos TIEDEMANN, K. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an\\_1996\\_07.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf), 1996, pp. 102 y 103.

<sup>11</sup> Véase HEINE, G., *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, cit., pp. 49 a 51.

elevadas y graves que es difícil distinguir una multa administrativa de una pena pecuniaria. Destacamos aquí a Alemania y a Italia.

En estos países el proceso para la imposición de la sanción es generalmente de naturaleza administrativa, caso de Italia<sup>12</sup>, aunque se puede optar también porque la multa o disolución de la empresa, o cualquier otra consecuencias jurídica de un ilícito administrativo cometido por la persona jurídica, sean impuestas en un proceso penal, sin perder su naturaleza administrativa, que es el caso de Alemania<sup>13</sup>.

2.º) Otros países están a favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entre los que anotamos Inglaterra<sup>14</sup>, Estados Unidos<sup>15</sup>, Japón<sup>16</sup>, Ho-

---

<sup>12</sup> Regulada en el Decreto Legislativo núm. 231 de 8 de junio de 2001, traducido al español por GUARDIOLA LAGO, M.J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Código Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2004, pp. 147 y ss. Véase BELLUTA, H., *Le disposizioni generali sul processo agli enti, tra richiami codicistici e autonomia di un sistema in evoluzione*, en BERNASCONI, A. (a cura di), "Il processo penale de societate", Ed. Giuffrè, Milano 2006, pp. 30 y ss.

<sup>13</sup> La sanción administrativa por la contravención, generalmente la multa (regulada en los §§ 30 y 88 de la *Ordnungswidrigkeitengesetz* —OWiG: Ley sobre Infracciones al Orden Administrativo— reformada profundamente en 1987), se impone en el proceso penal al amparo del § 444 de la *Strafprozessordnung* —Ley de Enjuiciamiento Criminal— de 1877, v. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Ed. Bosch, Barcelona 1985, pp. 415 y 416. Un buen comentario sobre el precepto es el de Wilhelm SCHMIDT en HANNICH, R. (Hersg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung* (6.ª ed.), Ed. C.H. Beck, München 2008, pp. 2165 a 2168.

<sup>14</sup> Véase WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility* (2.ª ed.), Ed. Oxford University Press, New York 2001, pp. 84 y ss.

<sup>15</sup> Aunque la bibliografía es inmensa, baste con la remisión a: BRICKEY, K.F., *Corporate Criminal Liability* (2.ª ed. actualizada), Ed. Thomson, St. Paul MINN, 2010; DISKANT, E.B., *Comparative Corporate Criminal Liability: Exploring the Uniquely American Doctrine Through Comparative Criminal Procedure*, 118 Yale L.J. 126, (2008), pp. 134 y ss.; GERAGHTY, A., *Corporate Criminal Liability*; American Criminal Law Review 2002, vol. 39, pp. 327 y ss.; KHANA, V.S., *Corporate Criminal Liability: What Purpose does it serve?*, 109 Harv. L. Rev. 1477 (1996), pp. 1488 y ss.; y WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, cit., pp. 146 y ss.. Más accesible la obra de NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, Ed. Iustel, Madrid 2008, pp. 178 a 194.

<sup>16</sup> Sobre este país pueden verse los comentarios de TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, cit., pp. 27, 29, 32, 35, ó 45.

landa<sup>17</sup>, Francia<sup>18</sup> y ahora España (debiendo también citarse el apoyo que da la Unión Europea<sup>19</sup>), prevén verdaderas penas y por tanto configuran una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas. La imputación, la acusación y la absolución o condena se desarrollan y determinan en un auténtico proceso penal.

Aquí las respectivas dogmáticas penales han tenido que realizar un gran esfuerzo para superar determinados escollos conceptuales frente al Derecho Penal que podríamos llamar clásico, es decir, el que hasta ahora únicamente ha previsto la responsabilidad penal de la persona individual. En concreto, ha habido que abordar temas de tanto calado dogmático como la acción, el principio de culpabilidad y el principio de personalidad de las penas<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> Véase VERVAELE, J., *Societas / Universitas delinquere ed punire potest. ¿La experiencia holandesa como modelo para España?*, en GARCÍA GARCÍA, M.A. (Dir.), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario”, Estudios de Derecho Judicial 115-2007, Ed. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2007, pp. 13 y ss.

<sup>18</sup> Se encuentra regulada en el Código Penal francés de 1994. Véase PRADEL, J., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho francés: Algunas cuestiones*, en [www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080526\\_61.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_61.pdf). También de PRADEL, J., *La responsabilidad penal de la persona jurídica*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, cit., pp. 133 y ss.

<sup>19</sup> Con numerosas decisiones marco, directivas, reglamentos, recomendaciones y dictámenes, que no podemos citar, véase QUINTERO OLIVARES, G., *Sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la transferencia de responsabilidad por las personas físicas*, en GARCÍA GARCÍA, M.A. (Dir.), “Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Derecho comparado y Derecho comunitario”, cit., pp. 163 y ss.; y FROMM, I.E., *Auf dem Weg zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen / Unternehmensvereinigungen in Europa?*, Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS) 2007, Heft 7, pp. 279 y ss. Aunque las de mayor trascendencia probablemente sean las que no han entrado en vigor. Me refiero al Corpus Iuris, v. su art. 14 y GÓMEZ COLOMER, J.L., *La protección procesal penal de la Unión Europea en materia de lucha contra el fraude (el Proyecto Corpus Iuris)*, Revista de Derecho Penal y Criminología 2000, núm. 6, pp. 139 y ss., sin duda un modelo para el futuro que tendrá una gran influencia. Constantemente se aprueban normas que regulan de alguna manera esta responsabilidad.

<sup>20</sup> Véanse TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, en GÓMEZ COLOMER, J.L./GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “La Reforma de la Justicia Penal (Estudios en homenaje al Prof. Klaus Tiedemann)”, cit., pp. 36 a 43; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, cit., pp. 115 y ss.; MORALES PRATS, F., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), “La Reforma Penal de 2010: Análisis y

En mi opinión, optar por una postura favorable o desfavorable a la exigencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas no depende hoy ya exclusivamente de razones dogmáticas, ni mucho menos tampoco de razones estrictamente jurídicas, sino de la cruda realidad, si se me permite la expresión<sup>21</sup>. Es decir, para mí la decisión es puramente pragmática: Se acepta la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, aun a costa de ser conscientes sus defensores de los claros ataques al Derecho Penal que ello supone<sup>22</sup>, porque en muchos casos si no se hiciera así, el hecho cometido, que para la ley es delito indubitadamente si lo comete una persona física, quedaría impune al ser imposible determinar individualmente la responsabilidad penal, mientras que determinar la de la sociedad resulta mucho más fácil<sup>23</sup>.

Esta facilitación de la acusación y de la condena se concreta en que, en un proceso penal contra una persona jurídica, la determinación de la legitimación pasiva no debe plantear ningún problema insuperable y, además, en que la prueba se ve también enormemente simplificada, cuestiones ambas que tendremos ocasión de abordar en este mismo escrito más adelante.

Otra explicación, además de la indicada de carácter pragmático, afecta a razones de justicia material y es la importancia de la protección de la víctima para asumir la responsabilidad de las personas jurídicas. Si no se reconociera, muchas y muy numerosas víctimas quedarían en el más absoluto desamparo. Piénsese, por ejemplo, en delitos de terrorismo devastadores.

---

Comentarios”, cit., pp. 45 y ss.; y CARBONELL MATEU, J.C., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit juristischer Personen: Überlegungen zur ‚Dogmatik‘ und zum System der Reform des spanischen Strafgesetzbuchs 2010*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 123 Band (2011) Heft 2, pp. 334 a 341.

<sup>21</sup> Véase PALIERO, C.E., *Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho italiano*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, cit., p. 116.

<sup>22</sup> Véase la postura dogmática contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas de ROXIN, C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Band I (4.ª ed.), Ed., C.H. Beck, München 2006, § 8 núm. marg. 59 y 60, y § 15 núm. marg. 7.

<sup>23</sup> Véase HURTADO POZO, J., *Las personas jurídicas frente al derecho penal peruano*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, cit., pp. 76 a 81.



## II. EL PRINCIPAL PROBLEMA: LA TUTELA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA JURÍDICA IMPUTADA

Centrándome ya en lo procesal, creo que una estructura dogmática coherente debe partir, para un correcto análisis del problema, de los principios que sustentan la exigencia en el proceso penal de responsabilidad criminal a una persona jurídica y de los derechos fundamentales que le protegen en la investigación del crimen. Después debe hacerse una referencia a las lógicas y necesarias alteraciones que en materia de presupuestos procesales implica su condición de parte pasiva del proceso penal. Deberíamos finalizar analizando las instituciones procesales que resultan principalmente afectadas, así como el procedimiento, pero el estudio de estas dos últimas cuestiones nos llevaría a un vasto escrito al que no tenemos más remedio que renunciar por ahora por razones de espacio.

Ante todo, ni que decir tiene que por persona jurídica estamos entendiendo las personas jurídica-privadas, básicamente las sociedades de capital<sup>24</sup>. Esto es importante porque el Código Penal da por supuesto qué es una persona jurídica al no definirla, por tanto, debe aplicarse el concepto extrapenal fijado por el Derecho Privado<sup>25</sup>, con un matiz importante: Por supuesto que en primer lugar se están considerando las personas jurídicas válidamente constituidas de acuerdo con las leyes mercantiles<sup>26</sup>, pero también las irregularmente constituidas y

---

<sup>24</sup> Reguladas por el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Se trata principalmente de la sociedad anónima, de la sociedad de responsabilidad limitada, y de la sociedad comanditaria por acciones (artículo 1.1). Pero también son sociedades de capital y se regulan en esta legislación la sociedad unipersonal (sociedad anónima unipersonal, sociedad de responsabilidad limitada unipersonal, y sociedad unipersonal pública, artículos 12 a 17), la sociedad limitada nueva empresa (artículos 434 a 454), y la sociedad anónima europea (artículos 455 a 494).

<sup>25</sup> Una completa definición es la de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L./GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho Civil* (10.ª ed.), Ed. Tecnos, Madrid 2001, vol. I, p. 576: "Son personas jurídicas las realidades sociales a las que el Estado reconoce o atribuye individualidad propia, distinta de sus elementos componentes, sujetos de derechos y deberes y con una capacidad de obrar en el tráfico por medio de sus órganos o representantes".

<sup>26</sup> Además de las sociedades de capital mencionadas, también son personas jurídicas: Las sociedades laborales (anónimas y de responsabilidad limitada), las sociedades de garantía recíproca, la sociedad anónima deportiva, la sociedad cooperativa (incluida la sociedad cooperativa europea domiciliada en España), y la sociedad comanditaria simple, regulada cada una de ellas por su propia legislación.

las en absoluto constituidas que funcionen como tal. La previsión del artículo 129.1 del Código Penal no deja lugar a ninguna duda. En resumen: Cualquier grupo de personas, constituido de cualquier forma, en donde exista un vínculo que motive una actuación colectiva o común concreta que se traduzca en un hecho, es susceptible de caer bajo la nueva norma penal. Por ejemplo, un grupo terrorista<sup>27</sup>.

Quedan excluidas por imperativo legal las personas jurídicas públicas (el Estado, por ejemplo), las administraciones públicas (el ayuntamiento, por ejemplo), los partidos políticos, los sindicatos, las organizaciones internacionales y las empresas mixtas, entre otras, en los términos del nuevo artículo 31 bis.5 del Código Penal español. Al cumplir funciones públicas se piensa, quizás algo ingenuamente a la vista de la realidad española actual, que estas personas jurídicas no pueden cometer delito o que la conducta realizada no debe ser sancionable por la vía penal. Hay un importante matiz en su segundo párrafo para castigar determinadas argucias (crear empresas fantasma, de pura fachada, o sociedades pantalla para intentar eludir una posible responsabilidad criminal).

La Constitución española de 1978 se caracteriza por ser una de las constituciones que más derechos fundamentales reconoce expresamente a las personas, especialmente aquéllos que tienen naturaleza procesal, lo que es particularmente relevante cuando del imputado o acusado en un proceso penal se trata. Heredera de las tradiciones constitucionalistas norteamericana, alemana e italiana, su interpretación por nuestro Tribunal Constitucional ha hecho y hace, sin duda alguna, que nuestro país sea considerado hoy con justicia como uno de los más avanzados en la protección de la dignidad del hombre, tanto en el plano legislativo como en el práctico. Su artículo 24 es, entre otros muchos, una buena expresión de ello.

Nuestro proceso penal sólo se entiende, por tanto, al igual que en los países citados, desde el punto de vista constitucional. La intensiva confrontación, en palabras de Tiedemann<sup>28</sup>, que se produce en el proceso penal entre el derecho

---

<sup>27</sup> Véase QUINTERO OLIVARES, G., *Personas jurídicas, entes, grupos, y sus individuos. Su responsabilidad penal tras la reforma de la Ley Orgánica 5/2010*, Revista El Cronista, junio 2011, núm. 22, pp. 10 a 13.

<sup>28</sup> Véase ROXIN, C./ARZT, G./TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Penal Procesal*, trad. de Arroyo Zapatero y Gómez Colomer, Ed. Ariel, Barcelona 1989, p. 133.

a la libertad de la persona y la obligatoriedad estatal de la persecución penal y castigo del autor del delito, con muchas posibilidades de darse tensiones irresistibles que desestabilicen de manera irrecuperable el frágil equilibrio sobre el que se asienta el proceso, sólo puede ser debidamente controlada si una Constitución aprobada democráticamente tutela en forma adecuada los derechos de las personas, limitando de manera clara e indubitada los inmensos poderes del Estado a la hora de investigar y perseguir el crimen, principalmente, como se está demostrando internacionalmente en los últimos tiempos, aquéllos que son conferidos a la Policía.

La pregunta inicial que surge inmediatamente, partiendo de esta configuración constitucional del proceso penal, al ser la persona jurídica parte pasiva en el mismo, es la de si gozará exactamente igual que un imputado o acusado persona física de los mismos derechos fundamentales que la Constitución reconoce a éste<sup>29</sup>.

Téngase en cuenta que la pregunta no es baladí, porque en realidad se trasladada al proceso como una ficción, una irrealidad<sup>30</sup>, la constituida por la propia existencia de la persona jurídica, ya que ésta sólo se puede entender que es parte en forma espiritual o virtual y por tanto siempre será necesario que una persona

---

<sup>29</sup> Es de hecho la cuestión fundamental, véase, por ejemplo, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, La Ley 18 de junio de 2010, pp. 6 a 8; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal", Ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona 2010, pp. 54 a 59; y CHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, Diario La Ley, miércoles 18 mayo 2011, pp. 2 y ss.

<sup>30</sup> Véanse GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, La Ley núm. 7501, de 3 de noviembre de 2010, p. 6. Somos conscientes de los problemas materiales que conlleva considerar a la persona jurídica una ficción, es decir, un ente creado sólo para cumplir fines jurídicos. No entramos en el debate sobre su esencia jurídica (v. Díez-Picazo y Ponce de León, L./Gullón Ballesteros, A., *Sistema de Derecho Civil*, cit., vol. I, pp. 576 a 578), aunque es patente que la teoría de la ficción está hoy claramente superada. Sólo queremos exponer al contrario en lenguaje sencillo la cualidad de parte inmaterial en el proceso, es decir, su oposición a la parte real que es la persona individual.

real, una persona física, actúe en su nombre, lo que obliga a entrar en sus derechos y garantías constitucionales desde un prisma distinto<sup>31</sup>.

La respuesta más fácil es decir afirmativamente que por supuesto que los derechos fundamentales son los mismos, ya que estamos ante un proceso penal y tanto la persona física como la persona jurídica son primero imputadas y luego acusadas. Su estatuto jurídico, se dice, debe ser por ello el mismo.

Es una contestación demasiado simple, sin embargo, y, desde luego, no resulta satisfactoria, porque todas las constituciones democráticas del mundo reconocen muchos derechos fundamentales de los ciudadanos pensando en ellos como identidades físicas, es decir, como seres individuales, lo que hace que a menudo sean o de imposible aplicación o de muy difícil aplicación a las personas jurídicas.

### 1. Los derechos indiscutibles

La jurisprudencia constitucional española, siguiendo a la alemana<sup>32</sup>, ha admitido que las personas jurídicas gozan de determinados derechos fundamentales, siempre que por su naturaleza sean aplicables a las mismas y que puedan ser ejercidos en favor de sus legítimos intereses, teniendo en cuenta los fines de la persona moral concreta y el hecho particular producido<sup>33</sup>. La Constitución española, a diferencia de la alemana<sup>34</sup>, no lo dispone expresamente, pero tanto

---

<sup>31</sup> De ahí que se hable de humanización de la persona jurídica, pues es una persona física, generalmente el representante legal, quien hace visible a la persona jurídica. Vide la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, p. 81.

<sup>32</sup> Baste a este respecto la cita de la jurisprudencia contenida en las obras citadas de TIEDEMANN y HEINE en notas precedentes. Por ejemplo, TIEDEMANN, K., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, cit., pp. 37, nota 10 y 38, nota 14; HEINE, G., *La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales*, en HURTADO POZO, J./DEL ROSAL BLASCO, B./SIMÓNS VALLEJO, R., “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada”, cit., p. 52, notas 6 y 7.

<sup>33</sup> Véase HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, cit., p. 7.

<sup>34</sup> Artículo 19, ap. (3) de la *Grundgesetz* alemana: *Die Grundrechte gelten auch für inländische juristische Personen, soweit sie ihrem Wesen nach auf diese anwendbar sind* (“Los derechos funda-

el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo españoles son terminantes en sentido afirmativo<sup>35</sup>.

Es necesario, pues, realizar algunas distinciones, motivadas por esas precisiones constitucionales, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales de la persona jurídica aplicables en el proceso penal nunca pueden ser excluyentes o pueden entrar en colisión con los de las personas físicas que conforman sus órganos de dirección o que trabajan para ellas, en tanto en cuanto no hay solidaridad entre los acusados y consecuentemente cada una de ellas disfruta por completo de los derechos fundamentales que le son aplicables, aunque sea el mismo derecho, sólo que en un caso se aplica a una persona jurídica y en el otro a una persona física, ambas acusadas en un mismo proceso<sup>36</sup>:

a) En primer lugar, es evidente que hay derechos fundamentales que en ningún caso les pueden ser aplicables. Por ejemplo, el derecho a la vida o el derecho

---

mentales rigen igualmente para las personas jurídicas nacionales, en tanto que por su propia naturaleza les sean aplicables”).

<sup>35</sup> Por ejemplo, el Tribunal Constitucional español ha dicho: “Si el objetivo y función de los derechos fundamentales es la protección del individuo, sea como tal individuo o sea en colectividad, es lógico que las organizaciones que las personas naturales crean para la protección de sus intereses sean titulares de derechos fundamentales, en tanto y en cuanto éstos sirvan para proteger los fines para los que han sido constituidas. En consecuencia, las personas colectivas no actúan, en estos casos, sólo en defensa de un interés legítimo en el sentido del art. 162.1 b) de la C.E., sino como titulares de un derecho propio. Atribuir a las personas colectivas la titularidad de derechos fundamentales, y no un simple interés legítimo, supone crear una muralla de derechos frente a cualesquiera poderes de pretensiones invasoras, y supone, además, ampliar el círculo de la eficacia de los mismos más allá del ámbito de lo privado y de lo subjetivo para ocupar un ámbito colectivo y social” (Sentencia núm. 139/1995, de 26 de septiembre, Fundamento Jurídico 4.º).

<sup>36</sup> Esta idea está presente en las consideraciones iniciales de la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., pp. 77 a 89, aunque no se afirma con rotundidad. La Circular meritada, en éste y en otros muchos puntos que citaremos, a la hora de orientar a los fiscales sobre la manera de proceder contra una persona jurídica en un proceso penal, debería haber sido mucho más crítica con el legislador y no mantener opiniones que denotan, como en el caso ahora tratado, una posición a veces acomodaticia, a veces realmente desconsiderada respecto a la realidad que nos enseña el Derecho comparado, de tanta ayuda en tantos aspectos de la delincuencia compleja cuando nuestras normas no son claras o simplemente no existen, todo ello por no pensar que realmente dicha circular ignora el avanzado mundo jurídico procesal exterior.

a la integridad física, puesto que se trata de derechos conferidos a los individuos, a las personas físicas, y no a los seres inmateriales. No haré, pues, más comentarios.

b) Otros en cambio, sólo son aplicables a ellas, como el derecho fundamental a la libertad de empresa. A través de él la persona moral contribuye al desarrollo del sistema de libertades, porque hay fines colectivos que exceden de las posibilidades de la persona individual, lo que constituye un valor democrático añadido<sup>37</sup>.

Aunque no todos los siguientes derechos tengan el mismo valor constitucional, ninguna duda se plantea tampoco con relación a la titularidad por parte de la persona jurídica del derecho a la libertad sindical (sindicatos obreros), del derecho a la libertad de expresión (*mass media*), del derecho de asociación (partidos políticos), del derecho a la libertad ideológica (ONGs), ni del derecho a la creación de fundaciones (especialmente sin ánimo de lucro).

En ciertos casos el principio constitucional de igualdad aplicable al proceso penal debe jugar también un papel decisivo, porque *a priori* la situación jurídica de la persona física coimputada puede parecer de peor calidad ante una potente multinacional<sup>38</sup>.

c) Algunos otros son aplicables con precisiones, como el derecho al honor, en el que a las claras connotaciones personalistas que existen obviamente con relación a las personas físicas, debe añadirse la consideración de buena reputación o de buena fama, cuya falta puede hacer quebrar a una empresa sin remedio alguno<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Véase HERNÁNDEZ GARCÍA, J., *Problemas alrededor del estatuto procesal de las personas jurídicas penalmente responsables*, cit., pp. 6 y 7.

<sup>38</sup> Esta cuestión está precisamente en el centro de la discusión sobre si es aceptable que las todopoderosas multinacionales gocen de derechos otorgados *a priori* para proteger a las personas físicas frente al no menos todopoderoso Estado, es decir, un problema esencialmente de interpretación del principio de igualdad. Véanse NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Un modelo legislativo*, cit., p. 104; y ECHARRI CASI, F.J., *Las personas jurídicas y su imputación en el proceso penal: Una nueva perspectiva de las garantías constitucionales*, cit., p. 3.

<sup>39</sup> Véase VIDAL MARÍN, T., *Derecho al honor, personas jurídicas y tribunal constitucional*, InDret Revista para el Análisis del Derecho, enero de 2007, núm. 397, pp. 5 y ss. La Sentencia del Tribunal Constitucional 139/1995, de 26 de septiembre, cit., dijo en su Fundamento Jurídico 5.º que: "Aunque el honor 'es un valor referible a personas individualmente consideradas', el

## 2. Los derechos matizables

Otros derechos fundamentales que son indubitados para las personas físicas, presentan sin embargo zonas muy oscuras para las personas jurídicas. Tal ocurre con el derecho a la inviolabilidad del domicilio<sup>40</sup>, porque la persona jurídica no dispone de una morada en la que pueda hacer lo que desee, es decir, no tiene derecho a la privacidad, derecho que es exclusivo de la persona física<sup>41</sup>. Pero a veces esto puede ser discutible si en el domicilio de la empresa se guardan documentos esenciales para su existencia, por ejemplo, un secreto industrial<sup>42</sup>.

El derecho a no confesarse culpable y el derecho a no declarar contra sí mismo (*nemo tenetur se ipsum accusare*), en realidad el mismo derecho en dos apreciaciones aparentemente distintas, pertenecen igualmente a la zona oscura. El nuevo artículo 786 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (añadido por La Ley de Medidas de Agilización Procesal), lo reconoce expresamente. Pero la jurisprudencia

derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas... Resulta evidente, pues, que, a través de los fines para los que cada persona jurídica privada ha sido creada, puede establecerse un ámbito de protección de su propia identidad y en dos sentidos distintos: tanto para proteger su identidad cuando desarrolla sus fines como para proteger las condiciones de ejercicio de su identidad, bajo las que recaería el derecho al honor. En tanto que ello es así, la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena". La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., p. 97, también se refiere acertadamente a este riesgo reputacional.

<sup>40</sup> Sobre el concepto de domicilio a efectos procesales, v. GÓMEZ COLÓMER, J.L., *Concreciones en torno al registro domiciliario en el proceso penal español*, Revista de Derecho Procesal 1993, núm. 3, pp. 570 y 571.

<sup>41</sup> La Sentencia del Tribunal Constitucional 283/2000, de 27 de noviembre, Fundamento Jurídico 2.º, ha declarado que: "... el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar, toda vez que tal domicilio en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad..."

<sup>42</sup> El nuevo artículo 554-4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadido por la Ley de Medidas de Agilización Procesal, cit., e introducido en el Congreso pues su modificación no se previó en el proyecto del Gobierno, intenta resolver esta cuestión definiendo el domicilio de las personas jurídicas imputadas a estos efectos como "el espacio físico que constituya el centro de dirección de las mismas, ya se trate de su domicilio social o de un establecimiento dependiente, o aquellos otros lugares en que se custodien documentos u otros soportes de su vida diaria que queden reservados al conocimiento de terceros".

cia tradicional española deberá revisarse inmediatamente, porque, por un lado, regulada la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya no va a ser posible dudar entre el deber de colaborar en un procedimiento administrativo sancionador y las garantías que todo proceso penal conlleva<sup>43</sup>; pero por otro, colaborar con la Administración en el proceso penal es en España circunstancia atenuante (art. 31 bis. 4 del Código Penal), una tentación para la delación demasiado irresistible<sup>44</sup>. En un ejemplo claro, la posibilidad de inculpación por delito fiscal a una persona jurídica en función de los documentos que contengan declaraciones de voluntad o de conocimiento, aportados obligatoriamente en el procedimiento administrativo previo ante la Hacienda Pública, pero que no es posible desvincular de la persona jurídica como sujeto tributario, debe estar excluida si entendemos que la Constitución prohíbe que la persona jurídica como sujeto que paga impuestos colabore en su propia condena penal posterior. Es derecho prevalente y por tanto los documentos no podrán utilizarse en su contra en el proceso penal. Es más discutible sin embargo, si el material existe independientemente de la voluntad de la persona jurídica, que no pueda ser utilizado en el proceso penal posterior en contra de ella<sup>45</sup>.

Es de suponer que al interpretar la nueva legislación, los tribunales españoles acaben de asentar estas cuestiones y despejen las numerosas dudas que se plantean. Si pueden delinquir como una persona física, las diferencias al ser acusada una persona jurídica deberían ser las mínimas e imprescindibles, sólo obligadas por la naturaleza de las cosas.

---

<sup>43</sup> Véanse las Sentencias del Tribunal Constitucional 76/1990, de 26 de abril, 161/1997, de 2 de octubre, 233/2005, de 26 de septiembre, y 142/2009 de 15 de junio; así como la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de diciembre de 1996 (caso Saunders v. Reino Unido), entre otras varias.

<sup>44</sup> Véanse GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N./JUANES PECES, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su enjuiciamiento en la reforma de 2010. Medidas a adoptar antes de su entrada en vigor*, cit., p. 6.

<sup>45</sup> La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., pp. 90 a 95, está muy preocupada por estas cuestiones y analiza el problema de las diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo, optando por la validez constitucional tanto de la obligación administrativa de colaborar, como de la valoración probatoria penal posterior de la documentación obtenida. Como es la postura que más favorece a la acusación, lo entendemos, pero no demuestra que esté preparada para el cambio interpretativo que forzosamente se tiene que dar. La enumeración y cita de sentencias aquí va a servir de poco. La imaginación jurídica será la que triunfe.



### III. EN ESPECIAL, EL DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA

Procesalmente, sin entrar en todos los detalles posibles, el aspecto más complejo y en ciertos casos problemático con relación al tema que nos importa es el derecho a la defensa técnica. En este sentido, la configuración del proceso penal en el que es parte una persona jurídica permite que sea ella la única parte pasiva del proceso. Esto exige resolver el problema de su defensa jurídica. Pero si también está imputada o acusada una persona física, generalmente aquélla de la que se ha servido la persona jurídica para actuar, o aquélla que ha utilizado a la persona jurídica para cometer sus acciones criminales (representante legal, administrador de derecho, administrador de hecho, o cualquier empleado, en el sentido del artículo 31 bis.1 del Código Penal), existirá un litisconsorcio pasivo, lo que complicará la cuestión. El derecho de defensa afectará a ambas partes. Sólo que en el caso de la persona física en principio no se plantea ningún problema, pero en el de la persona jurídica sí, pues hay que decidir tres cuestiones:

1.ª) En primer lugar debemos preguntarnos si el abogado que defienda a la persona jurídica puede ser el mismo que el que defienda a la persona física, si ésta es de alguna manera miembro de sus órganos de dirección o está vinculada con aquélla en forma perceptible jurídicamente, dada la relación evidente que puede existir entre los hechos delictivos.

Varias opciones existen. Hay que observar ante todo cómo se configura legislativamente la parte pasiva del proceso penal en estos casos. La solución española apuesta por la autonomía procesal de la persona jurídica, en el sentido siguiente: Para obtener la cualidad de parte pasiva en el proceso penal es indiferente si al mismo tiempo es acusada una persona física ajena a la empresa o no, o si es acusada también en el mismo juicio una persona física miembro de la empresa o no.

Aunque todas estas posibilidades puedan darse, y de hecho será normal que al lado de la empresa exista una persona física vinculada a ella imputada o acusada, lo cierto es, como dijimos *supra*, que la persona jurídica puede ser la única parte pasiva del proceso penal<sup>46</sup>.

Esta característica hace que la primera cuestión sea en teoría fácil de resolver. La persona jurídica deberá tener su propio abogado defensor, independiente-

---

<sup>46</sup> El nuevo artículo 14 bis LECRIM, añadido por la Ley de Medidas de Agilización Procesal, cit., así lo confirma.

mente de los abogados defensores de las demás partes si las hubiere, que no podrán compartirse. Aquí los clásicos argumentos a favor de la economía procesal (un único abogado es más barato) y de la facilitación procesal (menos actuaciones a practicar), no pueden tener cabida<sup>47</sup>.

Esta solución sirve además para prevenir casos reales y seguros de conflictos de intereses entre la persona jurídica y la persona física si la defensa fuese compartida. Es muy probable en efecto que se den esos conflictos, porque las estrategias defensivas de ambos coimputados tenderán a la imputación del otro, ya que la empresa lo más seguro es que alegue que el autor del delito fue el directivo y el directivo que fue la empresa. Este escenario no debe plantear complejas cuestiones procesales, ni la solución del problema debe apartarse de las reglas jurisprudenciales establecidas respecto a la declaración de coimputados<sup>48</sup>.

Recordemos que la jurisprudencia española admite sin problemas la declaración de un coimputado contra otro en el mismo juicio y la considera prueba válida si otras pruebas, indicios o elementos externos e independientes de la propia declaración corroboran las afirmaciones vertidas en la misma; pero si es la única prueba obtenida, aunque parezca creíble, verosímil y coherente, no la considera suficiente para poder condenar, por el efecto protector del derecho constitucional a la presunción de inocencia. Las defensas tendrán muy presente esta cuestión y estarán en mejores condiciones de fundarla si actúan separadamente.

2.ª) La segunda pregunta que debemos hacernos es, de todo el conjunto de derechos en que se traduce el derecho de defensa, qué derechos son aplicables a

---

<sup>47</sup> La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., pp. 85 y 86, no ve mal sin embargo que el letrado defensor sea el mismo, pues muchas veces la estrategia de defensa será idéntica. Esta es una mala opción interpretativa, como hacemos ver en el texto, por muy cómodo que resulte al fiscal tener sólo a un defensor enfrente.

<sup>48</sup> Véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.), “Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal”, cit., p. 57. También, v. la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., p. 82.

la persona jurídica y qué derechos no. Por ejemplo, ¿tiene derecho al intérprete si no conoce el idioma judicial?, ¿tiene derecho a la asistencia jurídica gratuita si está inmersa en un proceso concursal?, etc.

No cabe duda que los diferentes derechos que conforman el derecho de defensa son generalmente aplicables en tanto en cuanto la naturaleza de la persona jurídica lo permita. Por ejemplo, derecho a guardar silencio<sup>49</sup>, derecho a intérprete<sup>50</sup>, o el derecho a la última palabra. El nuevo artículo 786 bis.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española (añadido por La Ley de Medidas de Agilización Procesal), así lo confirma. Otros no podrán ser aplicables sencillamente por imposibilidad natural, como el derecho a la llamada telefónica o el derecho a ser reconocido médicamente.

Pero otros derechos no está tan claro que se deban disfrutar hoy en día. Por ejemplo, el derecho a la justicia gratuita y, por tanto, a que se le nombre por el juez un abogado de oficio, si reúne los requisitos legalmente exigidos. La jurisprudencia tradicional española, que para los procesos civiles entiende muy discutiblemente que la justicia gratuita únicamente es predicable de las personas físicas porque sólo a ellas afecta el nivel de subsistencia personal o familiar que exige la ley como requisito económico para su concesión<sup>51</sup>, deberá ser revisada, pues ahora ya no estamos en un proceso civil, sino penal, y la posibilidad de causar indefensión en caso contrario es más que evidente<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> Véase GASCÓN INCHAUSTI, F., *Consecuencias procesales del nuevo régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal*, en GASCÓN INCHAUSTI, F. (Coord.), "Repercusiones sobre el proceso penal de la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código Penal", cit., p. 80.

<sup>50</sup> Vide la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., p. 90.

<sup>51</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional 117/1998, de 2 de junio. Una breve referencia a la misma puede verse en MONTERO AROCA, J./GÓMEZ COLOMER, J.L./MONTÓN REDONDO, A./BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional*, t. I (Parte General), 19.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2011, p. 270.

<sup>52</sup> Pero la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2011, de 1 de junio, relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica número 5/2010, cit., p.89, está a favor de la doctrina jurisprudencial y por tanto niega a las personas jurídicas, sorprendentemente, el derecho a este beneficio.

3.ª) El tercer y último tema se refiere a si el abogado defensor puede asumir entre sus funciones la de actuar como órgano comunicador que haga de intermediario entre la persona jurídica y el tribunal.

La respuesta debe ser negativa, porque estas funciones exceden con mucho de las que se derivan del propio derecho de defensa y de no ser así, convertirían al abogado en un socio o empleado más de la empresa. Por eso las leyes suelen permitir que la empresa designe un representante, quien acude al juicio en representación legal y voluntaria de la empresa, conservando el abogado la representación procesal<sup>53</sup>. La Ley de Medidas de Agilización Procesal llama a esta persona en su reforma procesal penal el “representante especialmente designado” por la persona jurídica<sup>54</sup>, que ocupará en la sala del juicio el lugar del acusado, pero cuya presencia no será inexcusable para que éste tenga lugar, será la encargada de trasladar al tribunal en los interrogatorios la voluntad o explicación de la persona jurídica con relación a las actuaciones y a los hechos producidos (nuevo artículo 786 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española, añadido por La Ley de Medidas de Agilización Procesal).

Esta cuestión es importante porque el ejercicio del derecho de defensa parece que quede envuelto en una aureola mística cuando se defiende a alguien que no está, que no se ve, que sólo es registrado virtualmente, aunque jurídicamente no haya ninguna duda respecto a su existencia. La presencia del representante visualiza en el banquillo a la empresa y por tanto desenmascara esa irrealidad.

La intención futura está por ver. No es claro cómo se va a regular en una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal de corte acusatorio, es decir, en el sistema adversarial que se quiere importar a España desde el mundo jurídico anglosajón, ley por cierto anunciada desde el comienzo de la democracia en 1978, la posición jurídica de la persona jurídica imputada, acusada y condenada, porque en el momento de escribir estas líneas no tenemos ninguna información, ya que la

---

<sup>53</sup> En realidad la defensa jurídica, puesto que en España la representación procesal está en manos de los procuradores (artículo 543 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 y artículo 121 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882).

<sup>54</sup> El nombre oficial ha cambiado durante la tramitación parlamentaria. El proyecto del Gobierno le llamó simplemente “persona determinada” o “persona especialmente designada”, el Congreso le ha nominado finalmente como “representante especialmente designado” (v. los artículos 120.1, 409 bis, 786 bis, y 787.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, añadidos todos ellos por la Ley de Medidas de Agilización Procesal, cit.).

comisión formada con el gobierno del Partido Popular sólo ha empezado a dar sus primeros pasos. De haberse aprobado el proyecto elaborado por el gobierno anterior del Partido Socialista, la previsión habría sido dictar unas normas mínimas contenidas en los artículos 50 a 54, entre otros concordantes, adaptadas a lo que es el patrón, es decir, el proceso contra personas físicas, con el planteamiento de muchas de las dudas aquí suscitadas, no resueltas por esas normas, que no merecen mayor comentario, al no haber tramitadas parlamentariamente, salvo el de haberse perdido una magnífica oportunidad de afrontar en serio el tema procesal<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Recogida en el volumen *Anteproyectos de Ley para un nuevo proceso penal*, Ed. Ministerio de Justicia, Madrid 2011.

# Programas de *compliance* en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica\*

ULRICH SIEBER

*Max Planck Institut für Internationales und Ausländisches Recht*

## I. INTRODUCCIÓN

La presente contribución investiga en qué medida los programas de cumplimiento desarrollados en los EE.UU., pueden tener importancia en Alemania y, especialmente, influir en el Derecho penal de la empresa. Dado que los programas de cumplimiento frecuentemente son creados por la vía de la corregulación estatal y privada, este análisis también se ocupa de los espacios limítrofes entre el Derecho, la teoría del Derecho, la criminología, la sociología y la economía. Como se verá a lo largo de este trabajo, los cambios que conllevan los programas de cumplimiento plantean cuestiones fundamentales para el futuro relacionadas con la privatización de la prevención del delito y el control de la criminalidad a través de sistemas autorreferenciales de “autorregulación regulada”.

Los programas de cumplimiento, así como los nuevos controles dirigidos a prevenir la criminalidad vinculados con estos, constituyen una reacción a los espectaculares y recientes escándalos en el campo de la criminalidad económica acaecidos en los EE.UU. y en Europa. Los desastres empresariales de *World-Com*, *Enron*, *Parmalat* y *Flowtex* han corroborado, en los últimos años, el diagnóstico dado pioneramente por *Tiedemann* en el sentido de que la criminalidad económica podía implicar la ruina de grandes empresas y causar graves perjuicios para

---

\* Traducción hecha por el Dr. Manuel A. Abanto Vásquez. El artículo fue publicado por primera vez en alemán en “Festschrift für Klaus Tiedemann”, Colonia, 2008, p. 449-484, bajo el título “Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität”. La presente versión española se publicó anteriormente en: Urquiza Olaechea/Abanto Vásquez/Salazar Sánchez (coords.), “Homenaje a Klaus Tiedemann. Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal”, tomo 1, p. 205-246, Lima, 2011.

toda la sociedad<sup>1</sup>. Por ello, tanto las empresas como también los sistemas legales han establecido, a nivel mundial, nuevos conceptos con el fin de mejorar la dirección de la empresa. Entre los conceptos más usados están: programas de cumplimiento, *risk management*, *value management* y *corporate governance*, así como *business ethics*, *integrity codes*, *codes of conduct* y *corporate social responsibility*. Estas palabras-clave describen medidas destinadas a orientar la dirección empresarial hacia valores éticos y a impedir la criminalidad empresarial mediante la implantación de medidas de prevención. En los EE.UU., como consecuencia de los escándalos de *WorldCom* y *Enron*, la “Sarbanes-Oxley Act” de 2002 prevé deberes generales y especiales de organización dirigidos a las empresas<sup>2</sup>. Además, como incentivo para crear las correspondientes medidas preventivas, el Derecho penal empresarial estadounidense, en sus *sentencing guidelines* al igual que el Derecho penal empresarial italiano mediante el d. leg. 231 aprobado en 2001, concede rebajas de pena en caso de haber existido programas apropiados de *compliance*<sup>3</sup>. También en Japón se está pensando en una concepción similar en el marco de la reforma del Derecho penal de la empresa<sup>4</sup>. En Alemania existen deberes legales de organización en determinados ámbitos de actividad, y el debate relativo al

---

<sup>1</sup> Las falsedades contables de la empresa *Worldcom*, que se declaró en insolvencia el 2002, causaron en los EE.UU. un perjuicio de 107 mil millones de dólares americano (cfr. [http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom\\_bankruptcy](http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy), al 10 de enero de 2008). En el caso de la empresa *Enron* declarada insolvente en 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 mil millones de dólares americanos (cfr. [http://en.wikipedia.org/wiki/Enron\\_scandal](http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal), al 10 de enero de 2008). En el año 2000, la firma *Flowtex* causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en “Manager-Magazin”, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>, al 10 de enero de 2008). En el caso del consorcio italiano *Parmalat*, acacido en el 2003, se acusó a la dirección de la empresa de realizar manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente 23 mil millones de euros (comp. “Arie The Observer” de 04 de enero de 2004, <http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>, al 4 de enero de 2008). A este perjuicio material de la criminalidad económica se suman los daños inmateriales enfatizados tempranamente por Tiedemann, especialmente a través de los efectos de contagio y de resaca de los delitos económicos. Cfr. al respecto *Tiedemann*, “Verhandlungen des 49. DJT” (1972), p. C 21 y s.

<sup>2</sup> Pub. L. N° 107-204, 116 Stat. 745. Cfr. detalles sobre su contenido más abajo en las notas 29 y 102.

<sup>3</sup> Cfr. al respecto más detalles abajo en IV.3, así como las refs. en la nota 31.

<sup>4</sup> Cfr. el libro de la Jornada del 21st. Century Center of Excellence-Waseda Institute for Corporation Law and Society (COE), “International Symposium on Corporate Crime-The Relationship Between the Compliance Programs and Legal Responsibilities of Japanese

control de la criminalidad empresarial a través de planteamientos de *compliance* se ha extendido, a partir del 2007, a través de la investigación del caso de corrupción de *Siemens*.

Teniendo como escenario este desarrollo internacional, el presente trabajo se dedica, en su primera parte, a analizar en qué medida los nuevos *corporate codes* también tienen importancia en Alemania, cuál es su contenido, quién los ha establecido y qué modificaciones fundamentales se derivan de ello en relación a la prevención de la criminalidad empresarial y a la dirección jurídica de las empresas. La segunda parte del trabajo investiga si los programas de *compliance* tienen ya importancia, de *lege lata*, en el Derecho penal de la empresa. La tercera parte analiza, finalmente, cuál sería el potencial que estos nuevos sistemas de dirección de los *corporate codes* tendrían para la futura política criminal y, en especial, para el desarrollo del Derecho penal de la empresa. En este punto se profundiza también en el análisis de la cuestión de en qué medida las modificaciones vinculadas con todo esto sustentarían la exigencia expuesta por *Tiedemann* hace ya mucho, en el sentido de que se debería concebir un Derecho penal empresarial basado en la culpa por organización de las empresas.

## II. LOS PROGRAMAS DE *COMPLIANCE* EN LA REALIDAD

### 1. Terminología y difusión de los programas de cumplimiento

#### 1.1. Conceptos

Los términos mencionados de *Compliance Programs*, *Risk Management*, *Value Management* y *Corporate Governance*, así como *Business ethics*, *Integrity Codes*, *Codes of Conduct* y *Corporate Social Responsibility* describen nuevos conceptos de dirección empresarial. Todos ellos definen, acentuando de manera diferente, determinados objetivos y procedimientos de *management*. No obstante, ni se puede diferenciar entre ellos de manera precisa, ni tampoco es posible definirlos claramente<sup>5</sup>.

---

Corporations, The International Standard on Compliance and Japanese Corporation Law and Society”, enero de 2007 (versión hectografiada).

<sup>5</sup> Cfr. al respecto de la literatura jurídica, *von Werder y otros* (eds.) “Deutscher Corporate Governance” Kodex Kommentar”, 3ra. ed., 2008, los comentarios en el n. marg. 3 y ss., donde se señalan “los estándares de la buena dirección empresarial que, en cuanto a los detalles, son muy heterogéneos”.



Si uno analiza el contenido de estos conceptos, observa que apuntan en primer lugar a la orientación de la dirección empresarial en determinados objetivos y valores. Esto es resaltado sobre todo por el concepto *Business Ethics*, que describe la realización de valores que van muchas veces por encima de las exigencias establecidas legalmente. Un contenido similar tiene también el concepto *Integrity Codes*, que insinúa igualmente un amplio espectro de objetivos. Por su parte, el concepto *Corporate Social Responsibility* se refiere incluso a un ámbito de la responsabilidad empresarial, que incluye la realización de tareas sociales.

Estos conceptos no apuntan solo a valores sino incluso de manera más fuerte a procedimientos para su protección o para el cumplimiento de exigencias legales: los *Codes of Conduct* constituyen pautas generales de conducta. La fórmula, de difícil traducción, *Compliance Programs* (de manera literal programa de cumplimiento o programa de respeto de reglas) abarca procedimientos para el respeto de objetivos trazados (sobre todo legales, pero también éticos o de otro tipo). En este sentido, en Alemania dicho concepto se ha hecho conocido sobre todo en relación con los departamentos de *compliance* de instituciones crediticias, en el marco de la lucha contra el lavado de dinero<sup>6</sup>. El término *Value Management*, yendo más allá de las exigencias legales, se refiere a la protección organizativa de todos los valores materiales e inmateriales de la empresa. El concepto “*Corporate Governance*” (literalmente, “dirección de la empresa”) es referido en parte, en un sentido amplio, a cualquier forma de dirección de la empresa, pero frecuentemente, en un sentido más estricto, es empleado sólo para describir la estructura organizativa de empresas, tal como exige el *Deutsche Corporate Governance Kodex* (Código alemán de dirección de las empresas), sobre todo en relación con la transparencia de la estructura de las sociedades anónimas<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Cfr. así, *Fleischer*, NZG 2004, p. 1129 (1131); *Lösler*, “Compliance im Wertpapierdienstleistungskonzern”, 2003, p. 119 y ss.

<sup>7</sup> Los preceptos de transparencia recomendados o también solamente sugeridos mediante el *Deutscher Corporate Governance Kodex* de 2002, sobre la base del art. 161 de la AktG [Ley de sociedades anónimas], están sobre todo destinados a favorecer el valor de bolsa de las empresas. El Código diferencia entre recomendaciones y sugerencias, pero ninguno de los dos es jurídicamente vinculante de manera directa. Sin embargo, según el art. 161 AktG, una empresa tiene que explicar, en relación con las recomendaciones, si estas han sido respetadas o no por la empresa (los llamados procedimientos de *comply or disclose* [“cumple o destapa”]). Cfr. al respecto también abajo en II.3.c) en el texto antes de la nota 42.

## 1.2. Investigaciones empíricas

La indeterminación terminológica de los conceptos mencionados dificulta la realización de investigaciones empíricas sobre el contenido y la difusión de los distintos programas. En Alemania existen datos relativos a *reglas de la Corporate Governance*, concepto que puede determinarse en cierto modo a través del Código alemán de administración de empresas del año 2002<sup>8</sup>.

En una investigación anterior (publicada el año 2001 por *Pellens/Hillebrandt/Ulmer*<sup>9</sup>) sobre la existencia, en Alemania, de directivas referidas a la *corporate governance*, se preguntó a las cien empresas listadas en el Índice alemán de las cotizaciones en Bolsa, DAX, lo que ellas entendían por el concepto *Corporate Governance*. El 85% de las empresas participantes mencionaron en primer lugar la transparencia empresarial. En segundo lugar, casi el 74% de las personas entrevistadas mencionó el control de la empresa.

El Informe-índice de *von Werder/Talaulicar*, de aparición periódica, analiza el cumplimiento de las disposiciones del Código alemán de *Corporate Governance* por parte de 200 empresas que se encuentren listadas en el DAX o en cualquier otro indicador alemán de las cotizaciones de acciones<sup>10</sup>. Según esta investigación, a principios del 2006 un total del 95,3% (el 2005: 96,3%) de estas empresas siguieron las recomendaciones del Código, y el 85,2% (el 2005: 82%) lo hicieron con respecto a las sugerencias hechas allí<sup>11</sup>.

El estudio sobre *Corporate Governance* publicado bianualmente por la consultora de empresas *Heidrick & Struggles*<sup>12</sup> analiza, en especial, la estructura y la transparencia de la dirección empresarial haciendo una comparación entre los países europeos. Tanto en Alemania como también en otros países europeos, se observa un creciente cumplimiento de las exigencias pertinentes. No obstante,

---

<sup>8</sup> Cfr. *Schüppen* en ZIP 2002, p. 1269 (1271).

<sup>9</sup> Cfr. *Pellens/Hillebrandt/Ulmer* en BB 2001, p. 1243 y ss.

<sup>10</sup> Cfr. *von Werder/Talaulicar* en DB 2006, p. 849 y ss., así como *idem* en DB 2005, p. 841 y ss.

<sup>11</sup> Cfr. *von Werder/Talaulicar* en DB 2006, p. 849 (855), así como *idem* en DB 2005, p. 841 (846). Acerca de la diferenciación entre recomendaciones y sugerencias en el Código alemán de "Corporate Governance" ver más detalles arriba en la nota 7.

<sup>12</sup> Cfr. *Heidrick & Struggles*, "Corporate Governance in Europe: Raising the Bar", 2007 (<http://www.heidrick.com>, al 10-01-2008), así como el estudio previo *Heidrick & Struggles*, "Corporate Governance in Europe: What's the outlook?", 2005 (<http://www.heidrick.com>, al 10-01-2008).

en comparación con otros países europeos la situación en Alemania solamente ha mejorado de manera mínima en los últimos años, de forma tal que Alemania ocupa el último lugar en lo que se refiere al cumplimiento de las exigencias investigadas.

Junto a estas investigaciones se encuentran otros estudios referidos sobre todo a la cuestión de si el mercado de capitales reconoce positivamente el cumplimiento del Código. Al respecto todavía no se tienen resultados claros. Mientras que la investigación de *Nowak/Rott/Mahr*<sup>13</sup> no pudo corroborar un influjo del *Corporate Governance* en el mercado de capitales, los análisis de *Drobetz/Schillhofer/Zimmermann*<sup>14</sup>, así como los de *Zimmermann/Goncharov/Werner*<sup>15</sup> sobre el respeto a las exigencias del Código, sí constataron efectos positivos en el valor de las empresas.

El incremento de Códigos empresariales no solamente puede verificarse en el ámbito de las reglas de *Corporate Governance*, sino también en los demás instrumentos mencionados de ética y dirección empresarial, aunque en este ámbito disponemos de menos estadísticas.

El año 2005, la Fundación *Bertelsmann* elaboró un estudio sobre la *Corporate Social Responsibility* basado en los datos proporcionados por 500 personas con poder decisorio de empresas alemanas<sup>16</sup>. Según los datos obtenidos, las empresas alemanas conceden un elevado valor a la responsabilidad social. A la pregunta de frente a quién las empresas consideraban tener responsabilidades, los entrevistados mencionaron en primer lugar a los clientes (97%) seguidos por los trabajadores (96%) y —recién en tercer lugar— a los titulares de las empresas (88%). Los compromisos asumidos al respecto van desde la creación estructuras transparentes de *governance*, pasando por la promoción de la capacitación empresarial hasta llegar a donaciones en el ámbito deportivo. Más de la mitad de las empresas colabora con otras empresas o con organizaciones de utilidad pública.

---

<sup>13</sup> Nowak/Rott/Mahr en ZGR 2005, p. 252 (278 y s.).

<sup>14</sup> Drobetz/Schillhofer/Zimmermann en ZfB 2004, p. 5 (22).

<sup>15</sup> Zimmermann/Goncharov/Werner, "Does Compliance with the German Corporate Governance Code Have an Impact on Stock Valuation? An Empirical Analysis" (<http://papers.ssrn.com/abstract=624068> al 10-01-2008).

<sup>16</sup> Cfr. *Bertelsmann Stiftung*, "Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen", 2005 ([http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbc/SID-0A000F14-DD42B463/bst/CSR\\_lay.pdf](http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbc/SID-0A000F14-DD42B463/bst/CSR_lay.pdf) al 10-01-2008).

En el 82% de las empresas, la gerencia o la dirección están encargadas del ámbito de los compromisos sociales.

En la investigación de *PriceWaterhouse Coopers*, que se publica periódicamente, se comprueba una creciente implementación de programas contra la criminalidad económica. Para este estudio se entrevistaron a 1166 empresas alemanas. El 87% de las empresas indicaron (según del tipo de medida) haber adoptado previsiones contra la criminalidad económica<sup>17</sup>. En este punto las empresas confiaban sobre todo en medidas de control ex post realizadas por auditores internos o externas, mientras que muchos menos empresas habían establecido medidas preventivas. En empresas que realizan actividades altamente reguladas, el 62% de las firmas había implementado un programa de *compliance* y un 76% directivas de ética. En cambio, de la totalidad de las empresas entrevistadas un 61% poseía directivas de ética, pero solamente el 37% tenía programas de *compliance* con estándares de conducta controlados<sup>18</sup>. En los Estados Unidos, por el contrario, el 94% de las empresas tenía directivas de ética, reforzadas en el 73% de los casos mediante programas de *compliance*.

Un cuadro similar al de la investigación anterior muestra el estudio sobre criminalidad económica de *KPMG*, basándose en una encuesta a 420 empresas alemanas<sup>19</sup>. Según el estudio, el 84% de las empresas adoptó medidas para impedir acciones de criminalidad económica. Para ello las empresas apostaban sobre todo por una mejora de los controles internos y la elaboración de políticas. En cambio, se acostumbraba menos a registrar y valorar los riesgos de las acciones de criminalidad económica.

También se manifiesta el incremento de medidas de *compliance* y de ética en la presentación de las empresas a través del internet. Especialmente en el caso de las empresas que figuran en el DAX puede encontrarse, en sus respectivas páginas web, cada vez más pautas empresariales y principios de ética. Así, por ejemplo *Daimler* no solamente publica un propio *Code of Ethics* y una propia

---

<sup>17</sup> Cfr. *PricewaterhouseCoopers*, “Wirtschaftskriminalität 2007, Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft”, 2007 ([http://www.pwc.de/fileserver/RepositoryItem/studie\\_wikri\\_2007.pdf?itemId=3169192](http://www.pwc.de/fileserver/RepositoryItem/studie_wikri_2007.pdf?itemId=3169192) al 10-01-2008).

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 45.

<sup>19</sup> “KPMG-Studie 2006 zur Wirtschaftskriminalität in Deutschland”, 2006 ([http://www.kpmg.de/library/pdf/060626\\_Studie\\_2006\\_Wirtschaftskriminalitaet\\_de.pdf](http://www.kpmg.de/library/pdf/060626_Studie_2006_Wirtschaftskriminalitaet_de.pdf) al 10-01-2008).

Directiva de conductas sino también Principios de responsabilidad social<sup>20</sup>. Las páginas web de *Siemens* muestran —antes y después de los casos de corrupción descubiertos el 2007— las directivas internas de la empresa para la rectitud en el tráfico comercial<sup>21</sup>. Y también muchas otras empresas alemanas publican amplios principios comerciales para sus trabajadores. De este modo, no puede desconocerse en Alemania el desarrollo hacia *Corporate Codes* y nuevas formas de dirección vinculadas con éstos.

## 2. Contenido de los programas

### 2.1. Objetivos y valores

En sus regulaciones las empresas definen los objetivos y valores que deben ser realizados siguiendo determinados procedimientos. Los objetivos se refieren principalmente a impedir hechos delictivos, especialmente de corrupción, lavado de dinero, financiación del terrorismo, delitos contra la libre competencia (mayormente acuerdos de cártel), delitos contables, defraudación tributaria, abuso de información privilegiada, delitos ambientales y revelación de secretos comerciales. Con el objetivo de impedir tanto la criminalidad contra la empresa, como aquella que pueda favorecerla se protegen una serie de valores, que incluso reciben, en parte, una mayor protección en los programas de *compliance* que en las disposiciones del Derecho penal.

Esto se observa sobre todo en la protección general de los valores económicos de la empresa, protección que va desde el manejo cuidadoso de la propiedad de la firma hasta la protección de los secretos empresariales. También juega un papel especial —sobre todo en interés del mercado de capitales y de los titulares de participaciones— la estructura transparente de la empresa, la cual bajo el concepto ya mencionado de *Corporate Governance* (p.ej. en Alemania para las sociedades anónimas) apunta a la independencia del Consejo de Vigilancia en relación con el Consejo de Administración, así como a la transparencia empresarial. En este punto se sitúa también la muy discutida publicación de los ingresos

---

<sup>20</sup> Cfr. <http://www.daimler.com/dcom/0-5-168351-49-168355-1-0-0-0-0-36-7155-0-0-0-0-0-0.html> al 10-01-2008.

<sup>21</sup> Cfr. [http://www.siemens.com/Daten/siecom/HQ/CC/Internet/About\\_Us/WORKAREA/about\\_ed/templatedata/Deutsch/file/binary/bcg\\_de\\_1032824.pdf](http://www.siemens.com/Daten/siecom/HQ/CC/Internet/About_Us/WORKAREA/about_ed/templatedata/Deutsch/file/binary/bcg_de_1032824.pdf) al 10-01-2008.

de los miembros del Consejo de Vigilancia. Otros objetivos en relación con los trabajadores de la empresa, se refieren a reglas adicionales de Derecho laboral; en relación con los clientes, a la seguridad de los productos vendidos, y, en relación con los proveedores, a la justa contratación de pedidos. A esto se añade la protección mundial de los derechos humanos, p.ej. para impedir el trabajo infantil, los trabajos forzados y la discriminación, tal como sobre todo exige la iniciativa *Global Compact* de las Naciones Unidas<sup>22</sup> a empresas multinacionales. La consecución de estos valores acordados internacionalmente se encuentran también en las Directivas para las empresas multinacionales<sup>23</sup> elaboradas por la OECD y en la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a las empresas multinacionales y política social<sup>24</sup>. Ya en su trabajo de habilitación de 1969 *Tiedemann* había analizado de manera precisa el despertar de la ética económica a través de la ética social (algo que subyace a los nuevos desarrollos que se están analizando) y la había integrado en su teoría de bienes jurídicos del Derecho penal económico<sup>25</sup>.

En suma, los programas de *compliance* no solamente abarcan intereses en el ámbito de la empresa, tal como son los objetivos de los propietarios de la empresa, de los empleados de la alta dirección y de otros trabajadores (intereses que en algunos casos pueden entrar en conflicto). Con frecuencia incluyen también intereses (que pueden colisionar o coincidir) de los socios comerciales, de terceras personas (sobre todo de los consumidores), así como intereses sociales (p.ej. en el campo del medio ambiente). Esta variedad de objetivos y ámbitos de protección tiene como consecuencia que los programas de *compliance* y otros planes de protección de las distintas empresas varíen mucho en su contenido. Por ejemplo, en cuanto al objeto de protección existen pocas coincidencias entre las reglas de una sociedad anónima alemana que quiera cumplir con las exigencias de transparencia del §161 AktG [Ley de Sociedades Anónimas], los preceptos de una empresa transnacional que quiera impedir que sus trabajadores sobornen a funcionarios públicos extranjeros, o las directivas de una empresa de internet

---

<sup>22</sup> Cfr. <http://www.unglobalcompact.org> al 10-012008.

<sup>23</sup> Cfr. <http://www.oecd.org/dataoecd/56/36/1922428.pdf> al 10-01-2008.

<sup>24</sup> Cfr. La cuarta versión de la declaración de 2006 en <http://www.ilo.org/public/english/employment/multi> al 10-01-2008.

<sup>25</sup> *Tiedemann*, "Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht", 1969, p. 105 y ss.

que trate de cumplir con las disposiciones para la protección de menores en la difusión de contenidos de carácter erótico.

## 2.2. Concepciones procesales

En los programas de *compliance* de las diferentes empresas también hay diferencias en los procedimientos que se escogen para proteger los valores anteriormente mencionados, dependiendo sobre todo del ámbito de actividad de la empresa en cuestión o de su tamaño. En casi todos los programas pertinentes tiene un rol central la especificación de los objetivos buscados y los valores protegidos en un documento informativo para los trabajadores. Allí se suelen dar pautas detalladas para el cumplimiento, p.ej. cuando los trabajadores reciban regalos o invitaciones a comer o cuando ellos entreguen regalos o hagan invitaciones a clientes. Estas pautas son transmitidas a los trabajadores en el marco de los programas de *compliance*, pero también a través de cursos de capacitación. Además se introducen procedimientos para informantes para el descubrimiento de irregularidades que permitan a los trabajadores, p.ej. hacer una denuncia anónima en caso de situaciones llamativas, p.ej. mediante “hotlines” anónimas para *whistleblower*<sup>26</sup>. También juegan un papel central los controles internos y externos. En empresas más grandes hay equipos de investigación para el esclarecimiento de los hechos. Estas reglas son reforzadas parcialmente mediante mecanismos sancionadores en el interior de la empresa (tales como medidas disciplinarias). Para una coordinación (más o menos amplia) de estas medidas muchas empresas crean su propio departamento, el llamado departamento de *compliance*, el cual, en las empresas más grandes, está compuesto por muchos trabajadores y, a menudo, responden directamente ante el Consejo de Administración.

En Alemania se encuentran programas preventivo-criminales de *compliance* sobre todo en los institutos de crédito, a los cuales el § 14, párrafo 2, número 2 de la Ley contra el lavado de dinero (GWG por sus siglas en alemán) exige desarrollar “sistemas apropiados de aseguramiento y controles” destinados a pre-

---

<sup>26</sup> Cfr. *Bürkle* en DB 2004, p. 2158; *Graser*, “Whistleblowing”, 2000, p. 108 y ss.; *Ledergerber*, “Whistleblowing unter dem Aspekt der Korruptionsbekämpfung”, 2005, p. 5 y ss.; *PricewaterhouseCoopers* (ver nota 17), p. 32 y ss. Sobre los problemas de Derecho a la cogección y de protección de datos de estas “hotlines” (exigidas por el “Sabanes-Oxley Act” estadounidense), cfr. en Alemania el auto dado del Tribunal Municipal Laboral de Düsseldorf (caso “Wal-Mart”) en NZA 2006, p. 63 y ss.

venir el lavado de dinero. La ley requiere expresamente la comprobación de que los empleados sean confiables (§14, párrafo 2, número 3), que sean informados regularmente de los “métodos del lavado de dinero” (§14, párrafo 2, número 4) y que se señale a una persona en la dirección responsable de coordinarse con las autoridades de persecución penal (§ 14, párrafo 2, número 1)<sup>27</sup>. El § 25a de la Ley del Sistema Crediticio (KWG por sus siglas en alemán) contiene también un amplio deber de organización. Según este precepto, los institutos de crédito tienen que presentar una “organización comercial ordenada” que garantice el respeto a las disposiciones legales. Forma parte de tal organización comercial p.ej. un “sistema apropiado de garantías para el negocio y el cliente contra el lavado de dinero y contra acciones fraudulentas” (§ 25a, párrafo 1, oración 6, número 3), aunque también una “documentación completa de la actividad comercial” (§ 25a, párrafo 1, oración 6, número 2) y “una gestión empresarial apropiada y efectiva de los riesgos” instaurando “procedimientos internos de control” (§ 25a, párrafo 1, oración 3).

También se establecen amplios deberes de organización en el § 33 de la Ley de comercio con título-valores (WpHG por sus siglas en alemán), cuyas exigencias en los últimos años se han vuelto muy amplias y detalladas y se han concretado a través de un Reglamento del Ministerio Federal de Finanzas<sup>28</sup>. Según el § 33, párrafo 1, número 1, una empresa de servicios de título-valores, para cumplir con las obligaciones legales, entre otras cosas tiene que “instaurar principios apropiados, proporcionar los medios e implantar procedimientos”, para lo cual debe, especialmente, implementarse una función de *compliance* permanente y efectiva que pueda cumplir con sus tareas de manera independiente”. Esta y otras muchas previsiones, que el § 33 WpHG designa como organizativas, están destinadas a evitar las infracciones legales en el tráfico con título-valores (p.ej. el abuso de información privilegiada). Estos deberes de organización se complementan mediante el deber de comunicar determinados negocios a la Oficina Federal de Control de Servicios Financieros (§ 9 WpHG) y —de manera corres-

---

<sup>27</sup> Cfr. *Fülbiel/Aepfelbach/Langweg*, “Kommentar zum Geldwäschegesetz”, 5ta. ed., 2006, § 14, GWG, n. marg. 74 y ss.

<sup>28</sup> Cfr. Ministerio Federal de Finanzas, “Verordnung zur Konkretisierung der Verhaltensregeln und Organisationsanforderungen für Wertpapierdienstleistungsunternehmen” [Reglamento para la concreción de las reglas de conducta y exigencias de organización a las empresas dedicadas a los servicios con título-valores], de fecha 20 de julio de 2007 (BGBl. I, p. 1432).



pondiente a las reglas sobre lavado de dinero— mediante deberes de denuncia de casos sospechosos (§ 10 WpHG).

Desde el 2002 se puede observar una considerable ampliación de los correspondientes programas y deberes de las empresas con actividades en los Estados Unidos. En este año se aprobó la *Sarbanes-Oxley Act*, que prevé de manera muy detallada distintas medidas preventivas que las empresas están obligadas a adoptar. Entre estas medidas destaca especialmente la responsabilidad directa de la dirección de la empresa por el área de *compliance*; la rápida publicación de cambios sustanciales de la situación financiera y comercial de la empresa; la creación de directivas de ética; la instauración de *Audit Committees* y de controles internos de la publicación; así como el establecimiento de *hotlines* anónimos<sup>29</sup>.

*En especial: los programas compliance para impedir la criminalidad empresarial*

Resulta evidente que en relación a la criminalidad empresarial y del Derecho penal *de la empresa* no desempeña un papel esencial el hecho de que, a través de regulaciones transparentes de *Corporate Governance*, la empresa eleve el curso bursátil de sus acciones, financie jardines infantiles con su programa de *Corporate Social Responsibility*, o que sus directivas cumplan con objetivos empresariales útiles. Para el control de la criminalidad empresarial y el Derecho penal de la empresa, estos Códigos empresariales son ciertamente interesantes bajo el punto de vista general de constituir nuevos sistemas de dirección en las empresas; no obstante los contenidos de los programas penalmente relevantes de *compliance* no pueden ser determinados siguiendo las investigaciones expuestas sobre administración de empresas<sup>30</sup>. Para las cuestiones que aquí interesan tienen más bien importancia aquellos elementos del programa que puedan impedir la criminalidad empresarial.

Debido a la variedad de los riesgos penales y a las particularidades de las distintas empresas, no puede haber un panorama detallado de tales programas preventivo-criminales. No obstante, si uno analiza los programas de *compliance* publicados por internet, la literatura pertinente sobre prevención de la criminalidad empresarial, así como las reglas legales para la ejecución de tales medidas

<sup>29</sup> Cfr. Section 401 y ss. (deberes de publicación), Sec. 406 (directivas de ética), Sec. 301 (Audit Committee), Sec. 302 (controles de la publicación), Sec. 301 y 806 (hotlines), de la “Sarbanes-Oxley Act” (cfr. Nota 2).

<sup>30</sup> Sobre la funcionabilidad de la determinación de conceptos, cfr. Sieber, “Computerkriminalität”, 2da. ed., 1980, p. 186 y ss.

(sobre todo las *sentencing guidelines* de los EE.UU.), resulta posible sistematizar los siguientes elementos estructurales de los programas de cumplimiento que podrían impedir la criminalidad de empresas y contra empresas<sup>31</sup>:

- Definición y comunicación de los valores y objetivos empresariales que deben ser respetados, análisis de los riesgos específicos correspondientes dentro de la empresa así como el consecuente establecimiento y la publicidad de las disposiciones que deben respetarse y los procedimientos para las empresas y sus trabajadores;
- Fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos más elevados por los objetivos definidos, los valores y los procedimientos en la evitación de la criminalidad empresarial; fijación de responsabilidades en el nivel de mando medio creando una unidad empresarial correspondiente especializada (departamento de cumplimiento), así como el esclarecimiento y la capacitación de los trabajadores de la empresa;
- Creación de sistemas de información para el descubrimiento y esclarecimiento de los delitos, especialmente de controles internos a personas y objetos, deberes de informar, canal de denuncias para la recepción de denuncias anónimas, determinación del procedimiento a emplear en los casos de sospecha que deben ser esclarecidos (involucrando al departamento de *compliance* así como eventualmente a las dependencias del Estado) y el destino que debe darse a los resultados de las investigaciones (comunicando directamente a la alta dirección de la empresa), así como la adaptación permanente y mejoramiento de los respectivos programas de *compliance*;
- Participación de auditores y controles externos en relación con elementos determinados del programa de *compliance* y la evaluación externa del programa;
- Establecimiento de medidas internas para la sanción de abusos;
- Creación de estructuras efectivas que estimulen la ejecución y el mejoramiento de las medidas antes mencionadas.

---

<sup>31</sup> Cfr. sobre las *Sentencing Guidelines* estadounidenses, *United States Sentencing Commission*, 2007, *Federal Sentencing Guidelines Manual* (vigentes desde el 1 de noviembre de 2007), art. 8 B2.1 (en: <http://ussc.gov/2007/guid/tabcon07.html> al 10 de enero de 2008). Al respecto ver *Walsch*, "Organisatorische Prävention gegen strafrechtliche Haftung deutscher Unternehmen und ihrer Leitungen nach US-Recht", 2004, p. 55 y ss., 66 y ss.

Corresponde al estudio basado en la Administración de empresas, la Criminología y el Derecho penal, el determinar (incluso de manera específica para un sector o para la empresa) y evaluar en qué medida estos elementos de prevención de la criminalidad de los programas de *compliance* pueden ser complementados por otros componentes y con qué garantías jurídicas deben ser limitados. Dado que el contenido de un programa de *Compliance* para impedir la criminalidad empresarial depende fuertemente de cada empresa y de su campo de actividades, los creadores de los programas deben disponer del suficiente *grado de libertad* dentro de cada entidad para poder crear un sistema propio de prevención de la criminalidad. Para la efectividad de las correspondientes medidas también es importante la interacción entre los diferentes sistemas de regulación interna de la empresa y el sistema estatal de prevención de la criminalidad empresarial.

### 3. Características de los nuevos sistemas de regulación

#### 3.1. Los redactores de los programas

Los programas a los que nos venimos refiriendo son elaborados e influidos por distintos actores. Lo más frecuente es que cada empresa cuente con su propio programa. Pero también es posible encontrar modelos que provienen de asociaciones empresariales, tal como muestra, por ejemplo, el sistema de *management* de principios éticos propuesto por la Asociación Bávara de la Industria de la Construcción<sup>32</sup>.

En otros casos son *organismos estatales* los que participan en la elaboración de estas regulaciones, tal como ocurre con las regulaciones administrativas ya mencionadas previstas en la legislación relativa al blanqueo de capitales (§ 14 GWG), el sistema crediticio (§ 25a KWG) o el mercado de valores (§ 33 WpHG). El legislador o la autoridad administrativa mediante estas disposiciones establecen de forma muy general el contenido de la *compliance* en estos sectores. En algunas ocasiones, la regulación administrativa determina que en el desarrollo o el cumplimiento de estos programas, además de las empresas directamente implicadas, participarán otros grupos sociales afectados por la normativa. Así, por ejemplo los trabajos que dieron lugar al Código alemán de “*Corporate Government*” se iniciaron en primer término por el Ministerio Fe-

---

<sup>32</sup> Cfr. <http://www.bauindustrie-bayern.de/ethik.html> (al 10 de enero de 2008).

deral de Justicia, para después asumir su elaboración una Comisión integrada por representantes de la economía privada. Este origen público-privado no empece a que el § 161 de la Ley de Sociedades le otorgue efectos jurídicos. El control sobre los medios de comunicación es otro ejemplo de *compliance* determinada por el Estado, pero en la que se ha dado participación a los sujetos afectados. La Oficina Federal de Control de medios peligrosos para la juventud está compuesta por representantes del arte, la literatura, editoriales, diversas confesiones religiosas y otras instituciones, que son nombrados por el Ministerio Federal competente<sup>33</sup>. Un modelo distinto es el de las nuevas disposiciones sobre medios electrónicos, donde la participación estatal se limita a la certificación de las distintas instalaciones de autocontrol en la industria del cine, la televisión y la oferta de multimedia, que deben cumplir con los mandatos legales bajo su propia responsabilidad<sup>34</sup>.

### 3.2. Espacios de libertad y formas de regulación

A la vista de cuanto acaba de indicarse, pueden distinguirse tres modelos de regulación distintos atendiendo a los diferentes actores que participan en el proceso de formulación de valores y procedimientos internos dentro de la empresa: la autorregulación procedente en exclusiva del mundo de la economía, la co-regulación estatal y privada y la regulación puramente estatal. Mientras que la autorregulación en sentido estricto deja a las empresas una amplia discrecionalidad y la regulación estatal fija todas las decisiones determinantes, la co-regulación se caracteriza por el hecho de que las disposiciones estatales crean preceptos más o menos detallados o crean estructuras que estimulan la autorregulación y/o hacen vinculantes medidas de la autorregulación. Por esta razón, la co-regulación se denomina autorregulación regulada, una fórmula mixta o intermedia entre la autorregulación y la regulación estatal, que se caracteriza por conceder un margen de discrecionalidad a aquellos que deben concretar el programa y por las fórmulas que emplea para estimular o presionar para su adopción<sup>35</sup>.

---

<sup>33</sup> Cfr. los § 17 y ss. (esp. Art. 19) de la Ley de protección de la juventud.

<sup>34</sup> Cfr. al respecto más detalles abajo en la nota 44.

<sup>35</sup> Cfr. al respecto Alwart en: ídem (ed.) *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, p. 75 y ss.; Ayres/Braithwaite, *Responsive Regulation*, 1992; Pieth, *Festschrift für Jung*, 2007, p. 717 y ss.; Prüfer, *Korruptionssanktionen gegen Unternehmen*,

Estas formas de autorregulación y co-regulación posibilitan, en un mundo tan complejo como el actual, nuevas formas de dirección económica. Esta constatación se pone de manifiesto cuando se analizan los recientes *Corporate Codes*, desde el punto de vista de la teoría de sistemas, como constituciones empresariales autónomas y sistemas autorreflexivos o autopoieticos (es decir, que se dirigen a sí mismos)<sup>36</sup>. Bajo esta perspectiva, en la que profundizaremos posteriormente, resalta el potencial regulador autónomo y la vigencia jurídica autónoma (vigencia presupuesta por la sociología) de las constituciones empresariales, que también son designadas como Derecho sin Estado<sup>37</sup>. Estos sistemas no estatales de dirección se caracterizan especialmente por sus efectos globales.

### 3.4. Interacción funcional entre los sistemas de regulación

El análisis desde el punto de vista de la teoría de sistemas de la autorregulación de empresas explica también la problemática del acoplamiento entre el ordenamiento estatal y los sistemas privados. Este fenómeno muestra no solo que, debido a los variados intereses y objetivos de los sistemas, pueden aparecer colisiones y distorsiones<sup>38</sup>, sino también que ambos subsistemas puede interactuar funcionalmente en el cumplimiento de determinadas tareas. Las regulaciones a las que nos referíamos anteriormente de blanqueo de capitales (§ 14 GWG), sistema crediticio (25aKWG) y mercado de valores (33 WpHG) resultan desde esta perspectiva particularmente interesantes porque el sistema regulador estatal, para la consecución de sus intereses, impone *deberes de colaboración* a los sistemas reguladores privados. Se trata en especial de deberes de denuncia, de control informático o de entrega de datos privados. Mediante estas obligaciones resulta posible compensar los déficits del sistema de regulación privado, pero también que surjan colisiones entre los distintos sistemas de regulación al intervenir en relaciones privadas de confianza y modificar los fines de los datos obtenidos. De esta cuestión volveremos a ocuparnos al abordar la efectividad y la implementación de los programas de *compliance*<sup>39</sup>.

---

2004, p. 204 y ss.; Sieber, en: Waltermann/Machill (eds.), *Protecting Our Children on the Internet*, 2000, p. 319 y ss.

<sup>36</sup> Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.b), nota 87 y 88.

<sup>37</sup> Cfr. al respecto Teubner en *Festschrift für Kocka*, 2007, p. 36 (38 y ss.).

<sup>38</sup> Cfr. más detalles al respecto abajo en IV.1.d) y 2.

<sup>39</sup> Cfr. más detalles abajo en IV.1.d) y 2.

La interacción funcional entre los sistemas de regulación privados y el estatal resulta relevante para el presente análisis sobre todo bajo el aspecto de en qué medida las regulaciones privadas pueden alcanzar un *efecto vinculante* dentro del sistema jurídico estatal (entre otras cosas a través de la llamada *enforced self-regulation*<sup>40</sup>), lo que depende sobre todo del contenido y de los autores de los programas, tal como ya se ha expuesto anteriormente. Las leyes que los programas de *Compliance* cumplen o refuerzan, son, dentro del marco previsto, vinculantes y muchas veces se ven reforzadas también mediante sanciones (en caso de su incumplimiento). Este refuerzo no sólo se produce mediante preceptos penales o sancionadores administrativos que deban ser respetados por los programas de *compliance*, sino también por los procedimientos internos que deben ser instaurados en las empresas a partir de una base legal.

Por esta razón las llamadas exigencias organizativas que se establecen en el mercado de valores (§ 33 WpHG), son auténticos deberes jurídicos, que pueden ser impuestas empleando la coerción administrativa. En determinadas infracciones, p.ej. la relativa al deber de comunicar (§ 9 WpHG), la multa, puede ser también impuestas a la empresas según el § 30 de la Ley alemana sobre contravenciones (OWiG). En este marco, aunque la infracción relativa al deber de organización (§ 33 WpHG) no resulta por sí misma punible, puede formar parte de una lesión del deber de control según el § 130 de la Ley alemana sobre Contravenciones (OWiG) y dar lugar a la imposición de sanciones administrativas<sup>41</sup>.

Las medidas de la co-regulación estatal-privada también pueden ser vinculantes o, en caso de incumplimiento, dar lugar a determinadas consecuencias. La autorregulación regulada dispone de un amplio espectro de medidas que dejan espacio para distintas sanciones y estrategias de estímulo. Así, por ejemplo, aunque el § 161 de la Ley de sociedades anónimas establece únicamente en relación al Código alemán de *Corporate Governance* (elaborado por representantes de la economía privada) que las empresas están obligadas a rendir cuentas sobre el cumplimiento de las disposiciones del Código y la infracción de esta obligación no trae consigo directa-

---

<sup>40</sup> Cfr. sobre este concepto *Ayres/Braithwaite* (nota 35), p. 101 y ss.

<sup>41</sup> En última instancia, incluso una omisión de denunciar casos sospechosos puede dar lugar a una responsabilidad penal, p.ej. según el art. 258 StGB. Cfr. al respecto *Vogel* en *Festschrift für Jakobs*, 2007, p. 731 (744 y ss.), para quien el Derecho penal referido al tráfico de título-valores dejaría entrever un nuevo modelo penal. Sobre el art. 130 OWiG cfr. abajo en III.1.a.).

mente sanciones civiles o administrativas, desde el punto de vista penal el Código resulta relevante en el marco del delito de administración desleal (§ 266 StGB)<sup>42</sup>. Pese a todo, en las grandes empresas alemanas esta concepción (no reforzada con medios sancionadores clásicos) del *comply or disclose* [cumple o revela] alcanza, tal como se ha indicado, una cuota muy elevada de cumplimiento de más del 90%<sup>43</sup>.

En relación al sistema de co-regulación de los contenidos de los medios de comunicación mediante una institución de autocontrol voluntario en el ámbito de la televisión privada y de las telecomunicaciones (§ 20, párrafos 3 y 5 del Tratado internacional sobre protección de la juventud en lo relacionado con los medios de comunicación) su consecuencia jurídica más trascendental es que la difusión de aquellos contenidos que hubieran sido aceptados por la institución de autocontrol, en principio ya no podrán ser perseguida como contravención<sup>44</sup>.

A esto se añaden otros mecanismos de transformación y de influencia entre los sistemas ordenadores privados y el Derecho estatal. Con frecuencia, la regulación de principios éticos o las directivas empresariales son de acuerdo con el Derecho del trabajo vinculantes para los trabajadores, sobre todo cuando estas reglas han sido adoptadas como acuerdo empresarial<sup>45</sup>. Por esta razón, son relevantes en la aplicación de la normativa legal, y pueden dar lugar al despido disciplinario cuando el trabajador las vulnera<sup>46</sup>. En otros casos, no obstante, la relevancia de los programas empresariales radica exclusivamente en un ámbito situado fuera del Derecho estatal, como ocurre cuando la empresa los utiliza únicamente con el fin de mejorar su reputación, a través de programas de mecenazgo de instituciones de carácter social o de procedimiento favorables al medio ambiente.

Para el Derecho penal de la empresa, que es lo que aquí interesa, la interacción funcional entre el sistema de regulación privado y el estatal plantea sobre

---

<sup>42</sup> Cfr. más detalles sobre los aspectos penales de una infracción contra el Código alemán de *Corporate Governance*, *Schlösser/Dörfler*, wistra 2007, p. 326 y ss. Ver al respecto también arriba II.1.a) y b), esp. en la nota 7 y abajo en III.2.a).

<sup>43</sup> Cfr. arriba en II.1.b) después de la nota 10.

<sup>44</sup> Cfr. al respecto *Nikles/Roll/Spürck/Umbach*, *Jugendschutzrecht*, 2da. ed., 2005, p. 115 y ss., 388 y s.; *Scholz/Liesching*, *Jugendschutz*, 4ta. ed., 2004, art. 20 JMStV, n. marg. 2 y ss. 21 y ss.

<sup>45</sup> Cfr. sobre la relación entre las directivas de ética y el Derecho laboral, *Borgmann*, NZA, 2003, p. 352 y ss.

<sup>46</sup> Cfr. *Linck* en: *Schaub* (ed.), *Arbeitsrechts-Handbuch*, 12da. ed., 2007, p. 1406, indicando que muchos deberes accesorios de un trabajador recién pueden ser determinados a través de la cláusula general de fidelidad y buena fe del art. 242 BGB (Código Civil alemán).

todo la cuestión de la importancia de las directivas de *compliance* para los parámetros de aquella imprudencia que tenga relevancia penal, los deberes de control, los elementos indeterminados de algunos tipos penales o la medición de la pena. Por ello, a continuación, sobre la base del presente análisis empírico y siguiendo con el temario propuesto, se investigará la cuestión jurídica relativa a en qué medida los programas de *compliance* pueden ser relevantes para el actual Derecho penal y sancionador administrativo o contravencional, llevando a no sancionar a las empresas que los apliquen y a sus trabajadores.

Esta cuestión no será analizada sectorialmente en todos los ámbitos específicos en los cuales actualmente son aplicados los programas de *compliance* (p.ej. en el Derecho de cárteles, el Derecho de los productos alimenticios, el Derecho de los productos farmacéuticos, el Derecho del medio ambiente o el Derecho de protección de datos), sino que nos centraremos en cuestiones de carácter general de los programas de cumplimiento para el derecho penal de la empresa. En este punto atenderemos tanto a la responsabilidad individual, sobre todo a la luz del deber de control que se establece en el § 130 OWiG<sup>47</sup>, como a la responsabilidad de la empresa prevista en el § 30 OWiG<sup>48</sup>.

---

<sup>47</sup> § 30. Violación del deber de supervisión: (1) Quien como propietario de un negocio o de una empresa, de manera dolosa o imprudente, omite adoptar medidas de vigilancia para evitar en el negocio o empresa infracciones contra obligaciones que constriñen al propietario y cuya infracción se sanciona penal o administrativamente, será sancionado administrativamente (contravencionalmente) cuando se haya cometido esta infracción y está se hubiera impedido o dificultado esencialmente a través de una supervisión adecuada. Entre las medidas de supervisión necesarias se encuentran también el nombramiento, la selección y la supervisión de los supervisores.

(2) Las empresas públicas se consideran también empresas o negocios de acuerdo con el apartado primero.

(3) La sanción administrativa (contravención) puede ser de hasta un millón de euros cuando la violación de la obligación se sanciona penalmente. Cuando la infracción se sanciona mediante multa administrativa, la multa puede ser igual a la multa que se impone por la infracción de la obligación. Esto último es de aplicación también en el caso de que la infracción sea sancionada al mismo tiempo penal y administrativamente, si la multa administrativa prevista supera el millón de euros.

<sup>48</sup> § 30 Sanción administrativa contra personas jurídicas y asociaciones: (1) Puede imponerse una sanción administrativa (contravención) a una persona jurídica o a una sociedad personal cuando alguien:

1. Como órgano con poder de representación de una persona jurídica o como miembro de dicho órgano.



### III. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN EL VIGENTE DERECHO PENAL DE LA EMPRESA

#### 1. *Bases del Derecho penal de la empresa*

La relevancia de los programas de *compliance* en el Derecho penal empresarial debe establecerse a través de un análisis sistemático de este ámbito jurídico. Dado que los programas de *compliance*, aunque sean implementados por empleados, constituyen una obligación de toda la empresa, el análisis versará no solo sobre la responsabilidad individual de personas naturales, sino también y sobre todo sobre la responsabilidad de las personas jurídicas previstas en el derecho sancionador administrativo alemán.

#### 1.1. La responsabilidad penal individual de los trabajadores de la empresa

La criminalidad empresarial tradicionalmente se ha sancionado en Alemania, al igual que en otros ordenamientos jurídicos de Europa continental, mediante la responsabilidad individual de los empleados por sus acciones u omisiones. Desde esta perspectiva, las cuestiones relativas a los programas de cumplimiento se plantean sobre todo en relación a conductas omisivas, cuando los deberes

---

2. Como administrador de una asociación sin personalidad jurídica o como miembro de su administración.

3. Como socio con poder de representación de una sociedad personal.

4. Como apoderado general, factor en una situación dirigente o persona autorizada para actuar en una persona jurídica o en alguna de las asociaciones mencionadas en el número 2 ó 3.

5. Como persona responsable para la dirección de un negocio o empresa con personalidad jurídica o asociación de los mencionadas en los números 2 ó 3, a la que compete también la vigilancia de la dirección de la empresa o la realización de determinadas competencias de control dentro de suposición dirigente.

Realiza un delito o una infracción administrativa violando las obligaciones que competen a la persona jurídica o a la sociedad personal o enriqueciendo, o debiendo enriquecer, a la persona jurídica o a la sociedad personal.

(2) La cuantía de la multa será:

1. De hasta un millón de euros cuando se trate de un delito doloso.

2. De hasta 500.000 euros cuando se trate de un delito imprudente.

3. Cuando se trata de una infracción administrativa la cuantía de la multa se determinará atendiendo a la multa que ésta tiene prevista.

jurídicos y de control puedan ser cumplidos mediante la creación de programas de *compliance*.

En los casos de omisión, de la posición de garantía del Derecho penal general (en el sentido del § 13 StGB) se derivan determinados deberes de actuar y de proteger, que pueden fundamentar una omisión punible de los directivos, especialmente en aquellos casos en los que su responsabilidad (a diferencia de lo que ocurre en los delitos especiales) no resultare ya de su cualidad como destinatario de la norma<sup>49</sup>. La configuración precisa de este tipo de responsabilidad general del jefe del negocio<sup>50</sup> es considerada como una de las cuestiones “menos aclaradas”<sup>51</sup> en la fijación de la posición de garante. Por ejemplo, la construcción del deber de garantía plantea problemas en los casos de responsabilidad penal por el producto, que pueden ser concebidos como un subcaso del deber de garantía en la vigilancia de peligros provenientes de objetos; en el deber de impedir que los trabajadores de la empresa cometan delitos, deber que puede deducirse a partir del derecho a dirigir e instruir que tiene el jefe del negocio<sup>52</sup>. Estos deberes de garantía influyen en numerosas regulaciones de *compliance* para ámbitos específicos (p.ej. en el Derecho de los productos alimenticios o el Derecho de los productos farmacéuticos).

El tipo del § 130 Ley alemana sobre Contravenciones (OWiG) sobre la omisión de deberes de control contiene una regulación especialmente importante en esta materia, que es también decisiva en relación a la responsabilidad de la empresa. Según esta disposición, el titular de un establecimiento o una empresa actúa ilícitamente cuando sus empleados o subordinados, infringiendo deberes que corresponden al titular, cometen un delito que el titular de la empresa no ha impedido dolosa o imprudentemente mediante la adopción de medidas de control necesarias. Forman parte del círculo de destinatarios del § 130, primer párrafo, OWiG, el titular de un establecimiento o una empresa, así como las personas que según el § 9, párrafos 1 y 2 OWiG puedan ser consideradas como

---

<sup>49</sup> Cfr. Hilgers, *Verantwortlichkeit von Führungskräften in Unternehmen für Handlungen ihrer Mitarbeiter*, 2000, p. 68 y ss.

<sup>50</sup> Éste es el concepto utilizado por Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil*, 2da. ed., 2007, n. marg. 181.

<sup>51</sup> Así lo consideran Lackner/Kühl en *StGB*, § 13, n. marg. 14, y Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht AT* (nota 48), n. marg. 181.

<sup>52</sup> Minuciosamente sobre la responsabilidad del jefe del negocio, Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht AT* (nota 48), n. marg. 181 y ss.

órganos, representantes o encargados de un colectivo. Las medidas necesarias abarcan, según el § 130, oración 1, frase 2 OWiG, también al nombramiento, la selección cuidadosa y la vigilancia de las personas encargadas del control<sup>53</sup>. Con ello, y como se verá más adelante, esta exigencia coincide en sus objetivos con los programas de cumplimiento.

## 1.2. La responsabilidad contravencional —sancionador administrativa— de las empresas

Al lado de la responsabilidad individual, resulta también posible en Alemania la responsabilidad de la empresa, que sin embargo y a diferencia de los ordenamientos del *Common law* ha tenido un desarrollo muy débil, que se manifiesta singularmente en que las multas tienen naturaleza contravencional, sancionadora administrativa, y no se trata de penas. El fuerte anclaje del derecho penal alemán en los comportamientos activos u omisivos de personas naturales se evidencia particularmente en que la sanción a la empresa, sólo es posible cuando los directivos, infringiendo un deber empresarial, hayan cometido un delito o una infracción administrativa, como consecuencia de la cual la empresa se hubiera enriquecido. El círculo de autores del § 30 OWiG no solamente abarca a los órganos de la persona jurídica, personas con poder general, apoderados y personas con poder mercantil, sino también, tras dos reformas en 1994 y 2002, a otras personas que actúen con responsabilidad en la dirección de la empresa<sup>54</sup>.

El delito o la contravención de los directivos puede consistir en una conducta activa u omisiva, aunque con frecuencia se trata de la violación del deber de vigilancia impuesta por el § 130 OWiG. Por ello, el § 30 OWiG, vinculándose con esta precepto, permite la sanción a la empresa por infracciones cometidas por

---

<sup>53</sup> Cfr. sobre las cuestiones anteriormente mencionadas, *Rogall* en *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 3ra. ed., 2006, § 130, n. marg. 37 y ss.

<sup>54</sup> Este último círculo de personas es interpretado de manera muy amplia y también puede abarcar a personas situadas por debajo de los máximos directivos según la jerarquía empresarial, p.ej. los directores de subsecciones de una empresa. La exposición de motivos de la ley menciona al respecto a personas directivas dentro de determinado ámbito, tales como la contabilidad interna o los controles financieros. Cfr. BT-Drucksache 14/8998, p. 8 y 10.

trabajadores de menor jerarquía<sup>55</sup>. Cuando la punibilidad o la responsabilidad contravencional de la empresa no se base directamente en la acción de un órgano o de un empleado directivo, para la aplicación del § 130 OWiG basta con que un control adecuado hubiera dificultado la violación de deberes del trabajador subordinado<sup>56</sup>. Puesto que el delito o la contravención de los directivos, según la doctrina dominante, tiene que ser realizada de manera totalmente delictiva, también se habla de una “accesoriedad estricta” del § 30 OWiG<sup>57</sup>. Cabe observar que incluso hasta 1986, el § 30 OWiG estaba concebido de manera aún más accesoria ya que solamente podía aplicarse como consecuencia accesoria del delito cometido por la persona física<sup>58</sup>.

Esta estado de cosas nos lleva a la cuestión fundamental en orden a determinar la relevancia jurídica de los programas de cumplimiento, de en qué medida es el delito o la infracción del deber de vigilancia de los órganos y directivos de la entidad la que origina la punibilidad de la empresa. En la literatura se defienden distintas opiniones. Según una postura muy difundida, el § 30 OWiG sería una “norma de imputación” con la cual se imputarían al ente colectivo las acciones, el injusto y, para la mayoría, también la culpabilidad de los empleados<sup>59</sup>. Una concepción que está ganando más seguidores, basándose en la teoría clásica de los órganos sociales, imputa al ente colectivo la conducta contraria a la norma del órgano o de su representante, pero bajo la forma de la “autoría del órgano del

---

<sup>55</sup> Cfr. sobre estas acciones de multa administrativa del Derecho contravencional alemán, *Rogall* en *KK* (nota 51), § 30, n. marg. 1 y ss. y § 130, n. marg. 1 y ss.

<sup>56</sup> En cambio no se necesita probar que si se hubiera dado el control ordenado no se hubiera producido la violación de deberes. Cfr. *Senge* en: Erbs/Kohlhaas (eds.), *Strafrechtliche Nebengesetze*, tomo 3, actualizado a mayo de 2003, § 130 OWiG, n. marg. 25; *Rogall* en *KK* (nota 51), § 30, n. marg. 97 y ss.

<sup>57</sup> Cfr. *Rebmann/Roth/Herrmann* en: *Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, actualizado a febrero de 2005, § 30, n. marg. 26. Sin embargo, no tiene que determinarse la identidad del autor en tanto solamente pueda verificarse que ha actuado de manera totalmente delictiva un representante de la empresa. Cfr. la sentencia del BGH publicada en *NStZ* 1994, p. 346 y s.

<sup>58</sup> En 1986, la disposición ha sido configurada con más fuerza como una posibilidad sancionadora autónoma, de manera que desde entonces también puede imponerse una multa administrativa de manera independiente cuando no se hubiera llevado a cabo un proceso penal o un procedimiento administrativo sancionador por el delito o la contravención. Cfr. Sobre los antecedentes históricos, *Rogall* en *KK* (nota 51), § 30, n. marg. 24 y ss. (25).

<sup>59</sup> Cfr. *Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2da. ed., 2007, § 30, n. marg. 1.

ente colectivo”, es decir, no como delincuencia ajena, sino como delincuencia propia<sup>60</sup>.

Frente a estas interpretaciones, *Klaus Tiedemann*, ya en 1988, introdujo en la discusión alemana la “culpa organizativa como base de la multa al ente colectivo”. Precisamente la lesión de los deberes señalados en el § 130 OWiG, que sirve como hecho vinculante del directivo, para la imposición de una multa contra la persona jurídica, constituiría una auténtica violación de un deber (organizativo) propio de la persona jurídica y de los demás entes colectivos. Por ello, para *Tiedemann*, el verdadero “fundamento material” de la multa a la empresa y del reproche que fundamenta la “responsabilidad” del ente colectivo no estaría en la infracción del trabajador, sino en la inobservancia por parte de la empresa de tomar las previsiones necesarias para que su conducta sea conforme con la norma (la llamada culpa previa). De esta idea, *Tiedemann* deduce consecuentemente que el ente colectivo solamente podría ser “multado” una vez por cada violación del deber de vigilancia. Sin embargo, y en su opinión, debe descartarse que la persona jurídica pueda liberarse de la multa administrativa probando una organización suficiente, dado que “la idea de la carga organizativa, en que se basa el § 30 OWiG, constituye un principio de responsabilidad que lleva a la imposición de una multa, al igual que el § 31 BGB [Código civil alemán] sirve para fundamenta la responsabilidad civil de los entes colectivos”<sup>61</sup>. Por esta razón para *Tiedemann*, la culpa de organización constituye la base de legitimación del § 30 OWiG, cuyo tipo, no obstante, ha sido construido por el legislador como norma de imputación<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> Cfr. *Rogall* en *KK* (nota 51), § 30, n. marg. 1 ((8); igualmente por lo visto *Göhler/König, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 14ta. ed., 2006, n. marg. 12, vor § 29a, § 30, n. marg. 36a. Acerca de otro modelo de medidas de seguridad basado en el fundamento de imputación del estado de necesidad de bienes jurídicos, ver *Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 236 y ss.

<sup>61</sup> Cfr. *Tiedemann* en: *Eser/Thormundsson* (edits.), *Old Ways and New Needs in Criminal Legislation*, 1989, p. 157 y ss. (176); de manera similar también *idem*, *NJW* 1988, p. 1169 (1173). Al respecto ver también *Tiedemann* *NJW* 1993, p. 23 (30); *idem* en *Festschrift für Stree/Wessels*, 1993, p. 527 (532) y últimamente en *Wirtschaftsstrafrecht AT* (nota 48), n. marg. 244a.

<sup>62</sup> Sobre este punto de vista imputador de *Tiedemann* (que suele ser soslayado por sus críticos) cfr. ya antes en *Tiedemann*, *NJW* 1988, p. 1169 (1172). “Tras borrar el calificativo de consecuencia accesoria, nada se opone a que veamos que el art. 30 OWiG contiene esta norma legal expresamente imputadora, o sea a entender esta disposición como norma para imputar una conducta ajena como conducta propia del ente colectivo”. Igualmente dice *Tiedemann* en *Wirtschaftsstrafrecht AT* (nota 48), n. marg 244: no existen “dudas ... [para] ...

En la literatura, la fundamentación del injusto de la culpa de organización introducida por *Tiedemann*, ha sido recogida sobre todo por *Heine*. Para quien el hecho típico del injusto sería una defectuosa administración del riesgo por parte del ente colectivo, si bien *Heine* limita la responsabilidad a aquellos hechos que provocan una grave alteración social<sup>63</sup>. En otros ordenamientos, con posterioridad, se ha impuesto la propuesta de *Tiedemann* vinculando los deberes de organización, al menos en parte, a los que se concretan en los *Codes of Conduct* o las reglas de *Corporate Governance*<sup>64</sup>.

El modelo defendido por *Tiedemann* explica igualmente por qué, además del individuo actuante, puede ser también sancionado adicionalmente el ente colectivo. De este modo, la propuesta ofrece tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, la base para fundamentar con claridad la sanción de las entes colectivos y, tal como después veremos, para establecer una estrategia político criminal de derecho penal de la empresa convincente y apoyada en los recientes desarrollos de los programas de cumplimiento. El recurso al defecto de organización, frente a lo que mantienen los defensores del modelo de imputación, permite establecer que el destinatario del deber jurídico de realizar una organización adecuada es en primer lugar la empresa y no los trabajadores, al igual que ocurre con las actuaciones en lugar de otro reguladas en el § 14 del StGB y 9 de la OWiG, cuya función radica en trasladar precisamente los deberes especiales que competen a la empresa a los trabajadores. Bajo esta perspectiva no importa que los deberes organizativos de la empresa sean lesionados físicamente por los trabajadores que actúen por la empresa<sup>65</sup>.

De este modo, aunque la exigencia de un defecto de organización no ha sido consagrada en el tenor de la ley del § 30 OWiG (a diferencia del § 130 OWiG), no hay duda que constituye la base teleológica del § 30 OWiG, lo que repercute especialmente en la medición de la pena. Los delitos realizados por

---

imputar la culpabilidad de una persona natural frente a una persona jurídica". En tal medida acierta *Wegner* en *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen*, 2000, p. 89.

<sup>63</sup> Cfr. *Heine*, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 312. Bajo puntos de vista de política jurídica, también está a favor de un modelo de culpa organizativa *Dannecker*, ver en *Alwart* (ed.), *Verantwortung und Steuerung von Unternehmen in der Marktwirtschaft*, 1998, p. 5 (28).

<sup>64</sup> Cfr. *Heine* en *ZStrR* 121 (2003), p. 24 (29, 36, 38 y ss.); *Pieth* en *Festschrift für Jung*, 2007, p. 717 (722 y ss.).

<sup>65</sup> Cfr. sobre el punto de vista de la imputación también arriba en la nota 60.

los órganos mencionados por el § 30 OWiG le son imputados, sin embargo, a la entidad como un defecto de organización propio, con el fin de evitar que la empresa invocando que tenía una organización adecuada o una falta de causalidad entre el defecto de organización y el hecho, de difícil pueda evitar la sanción prevista en este precepto<sup>66</sup>. Y es que al ente colectivo se le sanciona, en concreto, según la construcción legal del § 30 OWiG, no solamente por una falta de organización sino por el hecho vinculante cometido por la persona directiva y que es imputado a la empresa por el § 30 OWiG. Por esta razón *Tiedemann* combina el modelo del defecto de organización, como base teleológica de legitimación del § 30 OWiG, con el modelo de la autoría del ente colectivo a través del órgano, como imputación típica de responsabilidad. Esta base legitimadora de la culpa organizativa y de su plasmación en el texto legal tiene un efecto directo en la relevancia jurídica de los programas de *compliance*, sobre todo para la medición de la pena<sup>67</sup>.

Por todo ello, hay buenas razones para apoyar la solución que extrae la fundamentación del injusto de acuerdo con el derecho vigente en dos componentes. De un lado, la acción dañosa concreta que, en lo fáctico, ha sido cometida por uno o varias personas pertenecientes a la empresa en el marco de su ámbito de competencias; por otro lado, la “culpa” originaria del ente colectivo que resulta de una organización deficiente, incluyendo el comportamiento punible realizado por una persona directiva que debe imputarse a la empresa. La exigencia de un hecho vinculante concreto de un miembro de la empresa limita la responsabilidad de la empresa, que solo puede ser hecha responsable por su inadecuada organización, tal como se establece en el § 130 y por el comportamiento de directivos en los términos que contempla el § 30 OWiG.

Si de acuerdo con lo anterior, la violación de deberes organizativos de la empresa (además del delito de algún trabajador de la empresa) pasa a convertirse en el centro de la fundamentación de la responsabilidad administrativa, las medidas de *compliance* tendrán una importancia fundamental a la hora de asegurar el cumplimiento de estos deberes organizativos. El cumplimiento de las medidas

---

<sup>66</sup> Cfr. al respecto también *Hirsch* en ZStW 107 (1995), p. 285 (312 y ss., esp. 315), quien exige que, en sanciones fuera del Derecho contravenacional, para que pueda haber una auténtica “culpabilidad del ente colectivo”, debe darse tanto la culpabilidad de un representante que actúe por la corporación, así como también la evitabilidad a través de la corporación.

<sup>67</sup> Cfr. más detalles al respecto abajo en III.2.b).

apropiadas de *compliance* se vuelve así en un criterio jurídico central que decide sobre la imputación del delito a la empresa.

## 2. *Los programas de cumplimiento en el derecho penal y sancionador administrativo vigente*

Del análisis previo del Derecho penal de la empresa se han obtenido varios puntos de partida según los cuales los programas de *compliance* podrían tener importancia en el Derecho penal y sancionador administrativo, tanto en relación a la responsabilidad individual de los empleados, como a la responsabilidad por multas de la empresa.

### 2.1. **Relevancia de los programas de *compliance* para la responsabilidad individual**

Cuando se trata de *ilícitos contra la empresa*, en el ámbito de los delitos dolosos, para la responsabilidad individual de personas naturales los programas de *compliance* tienen importancia en algunos supuestos especiales, como ocurre singularmente a la hora de considerar si existe consentimiento, cuando las regulaciones de *compliance* definen el riesgo permitido (p.ej. en los negocios especulativos) o, en el delito de cohecho pasivo impropio, cuando establecen los pequeños regalos o atenciones que se consideran permitidas. El caso más importante es el delito de administración desleal, que presupone un actuar en contra de la voluntad o en contra de los intereses del titular del bien jurídico, y en el que por ello debe decidirse caso por caso en qué medida pueden tener efectos jurídicos las distintas formas de las medidas de *compliance*<sup>68</sup>. Las reglas de *compliance* pueden extender o limitar los espacios de libertad, no solamente en lo objetivo, sino también en cuanto a la admisibilidad de los correspondientes errores.

Además, las reglas de *compliance* también surten efectos en los delitos imprudentes. La *violación del deber de cuidado*, que es básica en estos delitos, se produce por la desviación de la conducta del autor de aquella conducta cuidada que era la objetivamente preceptuada (a menudo basándose en reglas

---

<sup>68</sup> Cfr. al respecto también la sentencia del Tribunal Federal alemán en el caso “Mannesmann”, NJW 2006, p. 522 (523).



extralegales como la “experiencia cimentada”<sup>69</sup>. Por ello, el parámetro del cuidado debido de un trabajador frente a su empleador puede ser codeterminado por las directivas de la empresa. Las reglas de *compliance* de un ente colectivo o comunes a un gran número de empresas también pueden ser relevantes (incluso en caso de delitos provenientes de las empresas) para determinar una costumbre general del medio<sup>70</sup> o para precisar, en su ámbito de aplicación, el riesgo generalmente permitido<sup>71</sup>. La importancia de las directivas empresariales a la hora de determinar la punibilidad de la imprudencia resulta aun más clara si, para determinar ésta, además de la violación del deber de cuidado se exige la previsibilidad, la posibilidad de reconocer la realización del tipo, en cuanto que la evitación de un perjuicio adoptando las medidas de cuidado pertinentes depende decisivamente del conocimiento del peligro que amenaza. Si de acuerdo con las directivas de *compliance* se hubiera hecho lo necesario para evitar peligros, frecuentemente faltará la previsibilidad de la realización típica, a no ser que hubieran existido circunstancias especiales que, en el caso concreto, hacían posible reconocer el peligro<sup>72</sup>. En aquellos casos en los que los deberes de cuidado establecidos en los programas empresariales, afecten a bienes jurídicos de terceros, pueden desempeñar efectos similares si las personas potencialmente afectadas hubieran sido adecuadamente representadas durante la elaboración de las reglas.

---

<sup>69</sup> Cfr. *Cramer/Sternberg-Lieben* en Schönke/Schröder, *Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 27. ed., 2006, § 15, n. marg. 135; *Stratenwerth, Strafrecht Allgemeiner Teil I: Die Straftat*, 5ta. ed., 2004, p. 414; pero se manifiesta críticamente contra la orientación de la conducta preceptuada en la observada en un determinado grupo de personas, *Duttge* en: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2003, § 15, n. marg. 110 y ss.

<sup>70</sup> Cfr. sobre la concreción de la responsabilidad organizativa mediante normas del medio comercial, p. je. *Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen*, 2002, § 8; *Düttge* en “Münchener Kommentar” (nota 67), § 15, n. marg. 135 y ss.; *Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil*, tomo 1, 4ta. ed., 2006, § 24, n. marg. 18 y ss.

<sup>71</sup> Aquí se puede trazar un paralelo con las normas DIN que sirven como punto de partida para determinar el parámetro que debe respetarse en numerosos ámbitos; cfr. *Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen*, 2002, p. 411 (413 y ss.).

<sup>72</sup> Las disposiciones de *compliance*, en lo básico, solamente pueden regir para el caso general. Por ello, en última instancia, debe probarse en cada caso concreto si, además de las disposiciones de *compliance* no existían también otras circunstancias adicionales que hubieran tenido que ser consideradas. Cfr. al respecto también *Duttge* en *Münchener Kommentar* (nota 67), § 15, n. marg. 136.

Estas consecuencias de los programas de *compliance* para la imprudencia son sobre todo interesantes desde la perspectiva de la teoría de los sistemas, ya que el sistema privado de regulación determina aquí, en una “creación normativa a través de la práctica”, el contenido de la regulación estatal. De este modo, los programas de *compliance* ofrecen a las empresas la oportunidad de definir campos de acción y evitar zonas grises criminógenas (que puedan tener incluso efectos penales).

Los programas de *compliance* tienen una importancia mayor en los casos de criminalidad de las empresas o proveniente de ellas, que en los supuestos de criminalidad contra la empresa. Esta función resulta especialmente evidente en relación a la obligación que tiene el personal directivo (exigida en algunos casos por deberes generales de garantía) de evitar delitos de trabajadores subordinados y otras conductas perjudiciales provenientes de la empresa. Tal como se ha mostrado anteriormente, este deber se establece de manera clara y con carácter general en la violación imprudente del deber de vigilancia del § 130 de la Ley alemana sobre Contravenciones (OWiG), que tiene en la práctica una importancia considerable para la imposición de multas contra empresas de conformidad con el § 30 OWiG.

En el § 130 OWiG hay una estrecha relación entre la violación del deber de vigilancia del trabajador directivo, por un lado, y la existencia de programas de *compliance* de otro. Esta conexión no solamente se debe a que, en muchos casos, los programas de *compliance* excluyen realmente la conducta defectuosa. Incluso cuando pese a la existencia de un programa de cumplimiento, se produjeran los correspondientes delitos de los trabajadores, estos pueden surtir efectos bajo dos puntos de vista jurídicos. Por un lado, en muchos casos del § 130 OWiG, los programas de cumplimiento excluyen la existencia de la imprudencia individual o la violación del deber de vigilancia<sup>73</sup>. En este caso para que el programa excluya la responsabilidad del trabajador de la empresa encargado del control se necesitará la implementación de un programa *efectivo* de *compliance*<sup>74</sup>, ya que en caso contrario el reproche de una violación del deber de vigilancia puede vincularse

---

<sup>73</sup> Cfr. *Dannecker* en: Alwart (nota 61), p. 5 (28); *Hauschka*, NJW 2004, p. 257 (260); especialmente sobre *compliance* en el ámbito del Derecho de cárteles ver *Dreher*, VersR 2004, p. 1 (4). Cfr. también arriba en III.1.a).

<sup>74</sup> Sobre los componentes de los programas de *compliance* que son efectivos según la prevención de la criminalidad, ver arriba en II.2.c).

con la creación de un programa insuficiente o la implementación insuficiente del programa<sup>75</sup>. Por otro lado, el programa de *compliance* también puede tener importancia para establecer la relación entre la violación del deber de vigilancia y la infracción cometida por el trabajador. Cuanto mejor esté configurado el programa de *compliance* desde el punto de vista de la prevención de infracciones, menos probable será que el resultado producido a través de la violación del deber de vigilancia, hubiera podido ser impedido, o por lo menos dificultado, a través de otras medidas de la empresa. Se trata de una relación de antijuricidad similar a la que existe en los delitos imprudentes<sup>76</sup>. De este modo, en el marco de este elemento del tipo, el programa de *compliance* puede tener también efectos limitadores de la responsabilidad de los trabajadores de la empresa que desempeñan funciones de control.

## 2.2. Relevancia de los programas de *compliance* para la responsabilidad de la empresa

En lo que atañe a la responsabilidad de las empresas prevista en el § 30 OWiG, los programas de *compliance*, en principio, tienen la relevancia de excluir la punibilidad individual del empleado exigida por el tipo, es decir, excluyen la infracción del deber de vigilancia del § 130 OWiG. En cambio, cuando se trate de directivos, puesto que el § 30 OWiG imputa a la empresa sin más requisitos (p.ej. una culpabilidad organizativa) su comportamiento delictivo, ni el más perfecto de los programas de *compliance* será relevante en el ámbito de la tipicidad, cuando se trate de una infracción dolosa. En este caso el § 30 OWiG no tiene como presupuesto la infracción del deber de vigilancia del § 130 OWiG<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Pero en esto no hay un automatismo: la violación del deber de vigilancia también puede ser excluida a través de medidas fuera del programa de *compliance*. De igual modo, pese a la existencia de un programa de *compliance*, también puede darse una violación del deber de vigilancia de un trabajador directivo debido a circunstancias especiales del caso concreto; p.ej. cuando, en el marco del programa de *compliance*, el control hubiera sido realizado de manera descuidada.

<sup>76</sup> Sobre la causalidad o la relación de antijuricidad en las violaciones de deberes organizativos, y especialmente también sobre la interrelación entre el círculo de deberes y la causalidad, cfr. *Bosch, Organisationsverschulden im Unternehmen*, 2002, p. 109 y ss. Ver también *Maschke, Aufsichtspflichtverletzungen in Betrieben und Unternehmen*, 1997, p. 99 y ss.

<sup>77</sup> Cfr. al respecto arriba, III.1.b).

Más allá de cuanto acaba de indicarse, los programas de *compliance* tienen importancia en el ámbito de la *determinación de la pena de multa*. La doctrina dominante pese a no existir una remisión expresa del § 30 OWiG al § 17. 3, donde se establecen los criterios de determinación, aplica los criterios allí establecidos. Según este precepto en la medición de la sanción debe tenerse en cuenta la importancia de la contravención y la reprochabilidad del autor<sup>78</sup>, teniendo en consideración puntos de vista de prevención general y prevención especial<sup>79</sup>. En la determinación de estos criterios, tiene especial relevancia la cuestión relativa a cuál es el fundamento del § 30 OWiG, es decir, si se trata de una imputación de la infracción de la persona natural o de la culpabilidad de organización de la empresa. Si se considera, como mantiene una parte de la doctrina, que el § 30 OWiG responde al “modelo de imputación”, el fundamento de la mediación de la pena es la infracción de la persona natural, de forma tal que las medidas organizativas de *compliance* de la empresa carece de relevancia por sí solas, salvo que tengan importancia por otras razones adiciones. Por el contrario, si tal como se señaló anteriormente, se considera que el fundamento de la sanción a la empresa es su propia culpabilidad organizativa, las medidas de *compliance* idóneas, deben influir en la determinación de la sanción, incluso si ha existido una infracción grave por parte del trabajador. Esta posición que tiene en cuenta las circunstancias relacionadas con la empresa resulta preferible por sus resultados, ya que la multa surte efectos en la empresa y el legislador ha establecido un procedimiento autónomo para la imposición de las sanciones administrativas, proceso en el cual la persona del autor no tiene que ser conocida.

En la literatura, *Rogall*, autor de uno de los comentarios más importantes al derecho sancionador administrativo alemán, es el principal defensor del modelo de imputación y por tanto en centrarse únicamente en la importancia de la infracción realizada por el empleado a la hora de calcular la multa. Este autor, más allá de la infracción realizada por el autor individual, tiene en cuenta únicamente dos aspectos relativos al ente en la determinación de la multa, su situación económica y la “determinación de sentido” individual o colectivo del hecho de conexión. Según esta concepción, la culpa organizativa de la empresa sólo puede ser relevante —por lo menos de manera indirecta— cuando constituya también

---

<sup>78</sup> Cfr. *Rogall* en KK (nota 51), § 130, n. marg. 115; *Müller*, “Die Stellung der juristischen Person im Ordnungswidrigkeitenrecht”, 1985, p. 82 y s.

<sup>79</sup> Cfr. *Rogall* en KK (nota 51), § 17, n. marg. 42, 47.

una violación del deber de vigilancia según el § 130 OWiG y ésta fuere tomada como hecho de conexión en el sentido del § 30<sup>80</sup>.

En cambio, la doctrina dominante considera tanto el comportamiento individual vinculante como las circunstancias específicas relacionadas con el ente colectivo, tales como las deficiencias en la selección de personal, de control u otros déficits organizativos, así como las medidas previsoras del ente colectivo antes y después del hecho<sup>81</sup>. Tal resultado se corresponde con el modelo de la combinación arriba expuesto, según el cual el contenido de injusto y de culpabilidad del § 30 OWiG se basa tanto en el injusto del hecho vinculante como también en los defectos organizativos del ente colectivo<sup>82</sup>.

Por ello, en un punto de especial relevancia práctica como es la medición de la sanción, la doctrina de *Tiedemann* de la culpabilidad de organización lleva a argumentaciones y resultados importantes y convincentes. Sobre esta base, un sistema de sanciones referido a las empresas, a diferencia de un sistema penal referido a los individuos, puede centrarse, para la medición de las sanciones, con una fundamentación contundente no solamente en la medida de control particular (que hubiera posibilitado el delito del trabajador), sino puede aplicar una perspectiva global de las medidas de *compliance* al evaluar la culpa organizativa.

En el marco de este concepto los programas de *compliance* también pueden influir, en el margen de discrecional que el § 30 OWiG (“...puede...”) otorga para la imposición de una multa a la empresa. La imposición de la sanción está en manos de la discrecionalidad de la autoridad competente, en el marco de sus deberes (§ 47 OWiG). De este modo, de manera similar a lo que establece el § 153 de la Ordenanza procesal penal, que recoge el principio de oportunidad, deben tenerse en cuenta el punto de vista legal de la legitimación de la norma,

---

<sup>80</sup> Cfr. al respecto *Rogall* en KK (nota 51), § 17, n. marg. 163 y esp. § 30, n. marg. 115 (118). De manera similar también *Hirsch*, ZStW 107 (1995), p. 285 (317 y s.).

<sup>81</sup> Cfr. *Göhler/König* (nota 58), § 30, n. marg. 36a; *Rebmann/Roth/Herrmann* (nota 55), § 30, n. marg. 43; sobre la importancia del *compliance* en el Derecho de cárteles con la finalidad de atenuar las sanciones, ver *Dreher*, VersR 2004, p. 1 (4); *Wegner*, *Die Systematik der Zumessung unternehmensbezogener Geldbußen*, 2000, p. 91 y ss., así como, bajo puntos de vista de política jurídica, *Dannecker*, en: Alwart (nota 61), p. 5 (28).

<sup>82</sup> Aquí no puede profundizarse en la cuestión de si sería posible considerar la culpa organizativa en la medición de la pena y, sobre todo, cuál sería el fundamento sobre la base de una teoría pura de la imputación. Cfr. al respecto *Wegner* (nota 79), p. 92.

el grado de injusto, la reprochabilidad y el interés público en la persecución, con el fin de eximir de la sanción a la empresa cuando un empleado a realizado un hecho delictivo o una contravención administrativa pese a los intensos esfuerzos preventivos<sup>83</sup>.

### 2.3. Resultado parcial

Como resultado parcial puede afirmarse que los programas de *compliance* que incluyan medidas destinadas a impedir la criminalidad, ya de *lege lata*, por razones fácticas y jurídicas, no solamente atenúan los riesgos de punibilidad individual de los trabajadores de la empresa, sino sobre todo también el riesgo y la magnitud de la sanción de la responsabilidad empresarial en cuanto a multa contravencional. De este modo puede decirse que ambos sistemas sancionadores establecen recompensas, con estímulos positivos, para el desarrollo de programas de *compliance*. No obstante, en actualmente en el Derecho vigente alemán apenas se perciben los efectos estimulante de los programas de *compliance* en la medición de la pena o en el marco del principio de oportunidad. A diferencia del Derecho estadounidense y el italiano estos no se mencionan de manera expresa, ni su reconocimiento se aprecia de manera evidente.

El presente análisis ha mostrado también que un sistema de responsabilidad empresarial, en comparación con un sistema de responsabilidad individual, desde un punto de vista constructivo, dispone de mejores posibilidades para promover programas de *compliance*, al considerar destinataria de las sanciones a la persona jurídica que está en condiciones de dirigir jurídicamente los amplios programas de *compliance* y por los cuales también es jurídicamente responsable. Este resultado confirma el modelo de responsabilidad organizativa de *Tiedemann* en lo relacionado con el Derecho vigente y, en cuanto a los intereses de política criminal, nos conduce a la pregunta decisiva de en qué medida los programas de *compliance* podrían ser empleados para la prevención de la criminalidad.

---

<sup>83</sup> Cfr. al respecto *Bohnert* (nota 57), § 47, n. marg. 108; *Maiazza*, *Das Oportunitätsprinzip im Bußgeldverfahren unter besonderer Berücksichtigung des Kartellrechts*, 2003, p. 109 y ss.; *Müller* en GA 1988, p. 316 (327).

## IV. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y PREVENCIÓN DE LA CRIMINALIDAD

El empleo de programas de *compliance* con la finalidad de prevenir la criminalidad depende, en primer lugar, de si estos programas están en condiciones de prevenirla exitosamente. De ser así, las demás cuestiones que se plantean consistirían en sí y cómo deberían implementarse de manera efectiva y cómo podrían verse influidos por el Derecho penal de la empresa.

### 1. *La idoneidad de los programas de cumplimiento para la prevención de la criminalidad*

#### 1.1. Conocimientos criminológicos

La investigación criminológica de la criminalidad económica demuestra que, para la criminalidad empresarial, resulta en primer lugar determinante la influencia específica de la empresa en la conducta de los trabajadores. Son sobre todo relevantes la actitud dentro de la empresa respecto a valores éticos así como la cultura organizativa que ella tiene y su estándar en cuanto a medidas de *compliance*. Las infracciones a las normas son favorecidas especialmente por un clima de erosión normativa, por técnicas de neutralización al interior de la empresa para facilitar las violaciones normativas, por presiones a los trabajadores para que encuentren “soluciones innovadoras” así como por oportunidades para la comisión de delitos<sup>84</sup>. Es así que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de *compliance*, tiene una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial.

Lo anterior se ve confirmado por los resultados de la investigación empírica realizada por *Price water house Coopers*, a la que antes nos referíamos, según la cual, a nivel mundial el 38% de las empresas con reglas éticas y programas de *compliance* fue víctima de delitos económicos, frente al 54% de empresas similares sin ese tipo de programas<sup>85</sup>. Estos resultados son aún más notables, si se repara

---

<sup>84</sup> Cfr. Resumiendo, *Hefendehl* en *MSchrKrim* 2003, p. 27 y ss.; *Simpson/Piquero*, 36 *Law & Society Review* (2002), p. 509 y ss.; especialmente sobre la prevención a la criminalidad a través de “Business Ethics” ver *Bussmann* en *Zeitschrift für Wirtschafts— und Unternehmensethik*, tomo 5 (2004), p. 35.

<sup>85</sup> Cfr. *PricewaterhouseCoopers* (nota 17), p. 4, 37 y ss.

en que debido a la ausencia de medidas para descubrir hechos delictivos en las empresas que carecen de programas de cumplimiento la cifra de negra debe ser comparativamente mayor que en las empresas con medidas de *compliance*. Por ello, junto con los conocimientos mencionados de la investigación criminológica, estos datos constituyen otro indicio de que los programas apropiados de ética y *compliance* contrarrestan la violación normativa.

En este lugar no puede investigarse con más detalle en qué medida este resultado se vería corroborado por otras teorías e investigaciones criminológicas, como por ejemplo la teoría general de la criminalidad de *Gottfredson* y *Hirschi*<sup>86</sup>, para la cual en el ámbito de la criminalidad empresarial sería determinante sobre todo el autocontrol de los trabajadores de la empresa, lo cual también es buscado por los programas de *compliance*. Tampoco puede profundizarse aquí en las teorías de *rational choice*, creadas en los EE.UU. y que se han ido perfeccionando paulatinamente. A partir de estas teorías, *Tiedemann* había indicado ya en 1972, en un informe para la Jornada Alemana de Juristas, que el delincuente económico, con frecuencia motivado de manera racional, podría ser intimidado mediante riesgos penales de mayor modo que otros delincuentes<sup>87</sup>. Estas teorías, aunque no sean fáciles de demostrar empíricamente, proporcionan, dentro de sus límites, argumentos adicionales a favor de la efectividad de los elementos de *compliance*, que de este modo no tendrían solamente una orientación normativa sino también elevarían el riesgo de descubrimiento, que es decisivo para el efecto intimidante.

## 1.2. Ventajas de la autorregulación y la corregulación

Existen también buenas razones para creer la mayor efectividad de los programas de *compliance* en comparación con las soluciones puramente penales, de-

---

<sup>86</sup> Cfr. *Gottfredson/Hirschi*, A General Theory of Crime, 1990.

<sup>87</sup> Cfr. *Tiedemann*, Verhandlungen des 49. DJT (1972), p. C 21 y s. En la discusión estadounidense este punto de vista había sido acuñado decisivamente por *Becker*; ver 76 Journal of Political Economy (1968), p. 169 y ss. Entretanto, esto se ha desarrollado más y se ha especificado hasta el detalle con ayuda de las teorías de la decisión y de los juegos, sobre todo sobre la base de planteamientos de “*rational choice*” tomando como modelo básico al “*resourceful, evaluative, maximising man*” y sus circunstancias marginales y desviaciones. Cfr. al respecto, c. más refs., *Federmann, Kriminalstrafen im Kartellrecht*, p. 295 y ss.; *Hefendehl* en ZStW 119 (2007), p. 816 (820 y ss.); *Vogel* en Festschrift für Jakobs, 2007, p. 731 (737 y ss.).



bido a las características, ya mencionadas, de los sistemas de autorregulación y de correulación, a los que pertenecen los programas de *compliance*. En estos casos la regulación estatal se da no tanto a través de una creación e imposición jerárquicamente regulada del Derecho, sino más bien a través de un influjo suave en las conductas. El gran poder autorregulador de estos sistemas encuentra defensores no sólo en las investigaciones acerca de la *governance* en el ámbito del Derecho administrativo<sup>88</sup>, sino que también constituye la base del análisis de *Teubner* de las constituciones empresariales autorreflexivas<sup>89</sup>, así como, de manera general, de la descripción que, con ayuda de la teoría de sistemas, se hace de los sistemas sociales autopoiéticos (que se dirigen a sí mismos)<sup>90</sup>.

Las ventajas de los programas de *compliance* y de otros *governance tools* en el marco de estos sistemas se manifiestan especialmente en una sociedad (de riesgos) global y compleja<sup>91</sup> y es especialmente importante en el ámbito de la criminalidad empresarial global y compleja, donde las regulaciones propias de las empresas, directamente afectadas, a menudo resultan mejores que las regulaciones administrativas o penales generales, en relación a las numerosas especializaciones técnicas y económicas de la economía moderna. Esto se debe sobre todo a los conocimientos especiales de las empresas afectadas, a sus posibilidades de actuar globalmente (de las que no disponen ni el Estado nacional ni las organizaciones internacionales), así como a su dominio de los medios de dirección central, que impiden la criminalidad, y que se extienden desde las competencias jerárquicas de dirección dentro de la empresa hasta la disponibilidad de los sistemas de información más importantes. Por ello, la autorregulación de la empresa

<sup>88</sup> Cfr. sobre este desarrollo en el Derecho público, p.ej. *Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2da. ed., 2004, p. 26 y ss.; *Schuppert*, en: ídem (ed.), Governance-Forschung, 2005, p. 371 (382 y ss.); *Voßkuhle* en: Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (eds.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, tomo 1, 2006, § 1, n. marg. 20 y ss., 68 y ss.

<sup>89</sup> *Teubner* en Festschrift für Kocka, 2007, p. 36 y ss. Cfr. al respecto también *Hefendehl* en MSchrKrim, 2003, p. 27 (39); ídem en ZStW 119 (2007), p. 816 (820 y ss.).

<sup>90</sup> Cfr. *Luhmann*, Soziale Systeme, 1984; ídem en ZfRSoz 6 (1985), p. 1 y ss.; ídem, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1988, p. 43 y ss.; ídem, Das Recht der Gesellschaft, 1993, p. 38 y ss.; *Teubner* en ARSP 68 (1982), p. 13 y ss.; ídem, Recht als autopoietisches System, 1989, p. 149 y ss.

<sup>91</sup> Esto se ve por ejemplo en el control de comercio mundial de títulos valores o en la seguridad de las centrales nucleares, control que actualmente se produce de manera global y bajo participación esencial de la sociedad civil. De manera general sobre la dirección en el ámbito de la criminalidad económica ver *Hefendehl* en ZStW 119 (2007), p. 816 (823).

puede constituir un planteamiento mucho más efectivo que la determinación estatal de preceptos, que en parte no se adaptarán a cada empresa en concreto. El hecho de delegar a las empresas internacionales determinadas formas de *self-policing* no implica un *laissez faire*, sino que en muchos casos es la única forma de recuperar una parte del control estatal bajo la forma de autorregulación regulada o de la *rule at a distance*<sup>92</sup>.

La interacción funcional entre los sistemas de regulación privados y estatales conlleva además posibilidades de influencia adicionales. El análisis de los programas de *compliance* existentes y de sus presupuestos legales realizada en la primera parte de este trabajo, muestra esencialmente tres procesos específicos mediante los cuales es posible, en el marco de una autorregulación regulada, incrementar más la eficiencia en el control de la criminalidad empresarial: el sistema de regulación estatal puede dictar leyes para los sistemas no estatales o algunos de sus elementos e influir así en ellos; puede obligar al sistema privado a cooperar con el sistema sancionador estatal, y puede establecer que los resultados del Código privado sean legalmente vinculantes. Los dos primeros mecanismos de la autorregulación influida estatalmente y de los deberes de colaboración impuestos por el Estado pueden encontrarse en los preceptos arriba expuestos de los § 14 GWG (blanqueo de capitales), 25a KWG (entidades crediticias) y 33 WpHG (mercado de valores); el último método de la *enforced self regulation* sirve de base a los ejemplos del control de los medios de comunicación de masas a los que ya se ha hecho referencia.

### 1.3. Contenidos específicos de la prevención de la criminalidad

Los programas de *compliance* son también especialmente apropiados para prevenir la criminalidad debido a sus contenidos específicamente relacionados con la prevención de la criminalidad. Esto acaece principalmente en relación a su componente central: la obligación y la regulación de la responsabilidad de la dirección de la empresa en relación con determinados valores y sus programas. Y es que el influjo directo en el máximo nivel de dirección de la empresa, bajo

---

<sup>92</sup> Braithwaite en Brit. J. Criminol. 40 (2000), p. 222 y ss. (223), refiriéndose a la moderna sociedad de riesgo, también habla ilustrativamente de separarse del modelo de regulación *keynesiano* (“en el cual el Estado rema mucho pero dirige mal”) a través de un nuevo modelo de regulación *hayekiano* (“en el cual del Estado dirige y la sociedad civil rema”).

puntos de vista de técnica organizativa, constituye el medio más efectivo para influir en la política de la empresa<sup>93</sup>. Esta constatación resulta especialmente acertada cuando la dirección de la empresa hace suyos los valores establecidos y, con ello, contrarresta las técnicas de neutralización frente a conductas criminales que puedan existir en los trabajadores, técnicas que han sido identificadas anteriormente como la causa principal de la criminalidad empresarial<sup>94</sup>.

En los programas de *compliance*, el mecanismo de implementación institucionalizada va unido a las medidas efectivas, que fueron sistematizadas anteriormente, para el control de la criminalidad empresarial. Esto rige sobre todo para la implementación de departamentos especializados de *compliance*, medidas de capacitación de empleados, así como deberes de información y documentación de los trabajadores, medidas pertinentes de control del personal y de bienes, medidas para canalizar los informes de sospechas, sistemas especiales para informantes, medidas internas para el esclarecimiento de casos de sospecha, medidas de control externo por revisores de balances, así como la cooperación entre los controles de la empresa y los controles estatales de la criminalidad<sup>95</sup>

#### 1.4. Límites fácticos

Los programas de *compliance* tienen también límites fácticos. Estos límites en la prevención de la criminalidad se deben a que el sistema privado y el estatal de control tienen en parte distintos objetivos, lo que puede ocasionar conflictos: para las empresas el impedir la criminalidad y su persecución penal solamente constituye uno entre varios objetivos. El alcance de la *compliance* está fundamentalmente limitado por el hecho de que muchos elementos de los programas de *compliance* presuponen una dirección empresarial cumplidora<sup>96</sup>. Por esta razón, la autorregulación *regulada* o co-regulación tiene que impedir que las empresas, escudándose en programas de *compliance*, desarrollen programas de coartada,

---

<sup>93</sup> Por eso, en los Estados Unidos, el elemento central de los programas de *compliance* es precisamente la conexión con las personas directivas. Cfr. *Gruner, Corporate Criminal Liability and Prevencion*, § 14.02 [6][b].

<sup>94</sup> Cfr. arriba en IV.1.a).

<sup>95</sup> Cfr. más detalles al respecto arriba en II.2.c).

<sup>96</sup> Cfr. sobre este punto crítico en relación con la “Corporate Governance” y la “Business Ethics”, *Hefendehl* en *JZ* 2006, p. 119 (124 y s.).

consistentes en *blinking and winking* [tapar y dejar pasar] y que, en caso de que se descubran delitos, intenten descargar a la empresa sacrificando a algunos trabajadores.

Mediante la perspectiva de la teoría de sistemas, a la que ya nos hemos referido, puede deducirse que, para evitar estos programas cosméticos o de apariencia, existen dos estrategias de la regulación autorregulada. Por un lado, se tiene que reforzar y configurar de manera adecuada aquellos elementos del programa de *compliance* que también funcionen sin una dirección empresarial dispuesta a cumplir. Es el caso de los canales de denuncia, que se analizarán más abajo, y que la dirección de la empresa no puede corromper, los controles mediante *gatekeeper* externos, como auditores y abogados<sup>97</sup>, o las medidas para la administración forzosa de una empresa criminal, tal como puede hacerse en el Derecho penal de la empresa de los EE.UU.<sup>98</sup>. Para descubrir los programas cosméticos y sus abusos, podrían crearse también conexiones entre los sistemas privados y estatales de control que pongan a disposición del sistema estatal determinadas informaciones. Estas conexiones no deben, en cualquier caso, llevar a colisiones o distorsiones entre ambos subsistemas, que pueden surgir, por ejemplo, cuando los deberes de colaboración del sector privado intervienen en sus relaciones de confianza, tal como ocurre al crear obligaciones de denuncia a los abogados.

Por otro lado, un sistema de sanciones y estímulos puede procurar que los sistemas empresariales privados asuman ampliamente los objetivos de la prevención de la criminalidad, otorgándoles prioridad frente a otros objetivos. Esto puede conseguirse tanto a través de estímulos estructurados de manera positiva, como mediante un sistema represivo que contenga sanciones sensibles y una gran probabilidad de esclarecer los hechos. Tal concepción puede verse apoyada por el Derecho penal de la empresa arriba analizado, si éste además establece ventajas (p.ej. impunidad, rebajas de pena o archivamiento del proceso) en caso de que se hubieran creado programas de *compliance*.

---

<sup>97</sup> Cfr. sobre las funciones de los *gatekeeper*, *Coffee* en *Columbia Law Review* 103 (2003), p. 1293 (1296 y ss.).

<sup>98</sup> Cfr. al respecto en relación con los EE.UU. las *Sentencing Guidelines* señaladas en la nota 31 y, en relación con la discusión alemana, ya antes, *Schünemann* en *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 251.

El caso de corrupción *Siemens* muestra este problema e ilustra sobre las posibilidades de solución. Este caso no solamente pone en evidencia el peligro de que un sistema de *compliance* llegue a transformarse en una fachada de apariencias cuando tenga apoyo de la dirección de la empresa, sino que también muestra la efectividad de las medidas internas y de los mecanismos de cooperación, que llevaron al esclarecimiento de los casos de corrupción, como consecuencia de la presión ejercida por la *Securities and Exchange Commission* bajo amenaza de sanciones.

### 1.5. Límites jurídicos

Los programas de *compliance* no solamente deben ser evaluados a partir de su efectividad, sino también en relación con sus límites jurídicos<sup>99</sup>. Entre estos figuran, en primer lugar, los límites de los Derechos de personalidad frente a una vigilancia técnica de los trabajadores de la empresa, límites que, en el Derecho alemán, no solamente resultan de los derechos individuales de los trabajadores, sino también de las regulaciones de los estatutos de cada empresa<sup>100</sup>. También tiene importancia el aseguramiento de los trabajadores frente a los sistemas sancionadores internos de la empresa. La problemática de los *checks and balances* en los sistemas privados de regulación se manifiesta cuando las empresas, por la vía de la autorregulación, asumen una cantidad de funciones estatales, especialmente en la imposición de normas, el esclarecimiento y la sanción de infracciones. Por ello también debe evaluarse si y en qué medida las garantías penales clásicas (como el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia o no autoinculpación) pueden transferirse por la vía de la autorregulación regulada a los sistemas sancionadores privados<sup>101</sup>. Otros problemas de la privatización de las tareas de persecución penal, sobre los que volveremos después, se producen cuando los programas de *compliance* son implementados mediante coerción estatal frente a las empresas, por la vía de la autorregulación regulada.

---

<sup>99</sup> Cfr. al respecto Sieber en ZStW 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).

<sup>100</sup> Cfr. art. 87, párrafo 1, número 6 BetrVG [Ley del Régimen de las empresas].

<sup>101</sup> Por eso, la política criminal correspondiente exige también una amplia teoría del control social mediante la autorregulación y la co-regulación, así como de sus posibilidades y límites en relación con una privatización de la persecución penal. Cfr. al respecto también Sieber en ZStW 119 (2007), p. 1 (40, 42 y s., 48).

## 1.6. Resultado parcial y consecuencias

Los programas de *compliance* para la prevención de la criminalidad consisten en un sistema de medidas extrajurídicas efectivas, desarrolladas por las empresas afectadas, como actores decisivos en el campo económico, en todos los niveles de prevención. Estas medidas van desde la autoprotección técnica y la eliminación de estructuras criminógenas, hasta llegar a la prevención mediante sistemas sancionadores internos de la empresa<sup>102</sup>. Las restricciones del alcance de cada una de las medidas y los límites jurídicos de los programas de *compliance* van en detrimento de su efectividad, pero no afectan en lo básico la efectividad de estos sistemas de medidas en el control de la criminalidad.

Con ello, para la efectividad de las medidas de *compliance* tiene una importancia decisiva su efectiva implementación en un entorno empresarial competitivo, en el cual rige el principio de la maximización de ganancias y en el cual éste no pocas veces —como se ha visto últimamente en el caso de corrupción de *Siemens*— se impone incluso frente a los valores éticos y las regulaciones penales. Sin embargo, si se observa la autorregulación regulada, desde la perspectiva de la teoría de sistemas, como una interacción entre los sistemas reguladores privados y estatales, se manifiestan dos estrategias que pueden posibilitar una efectiva implementación de programas de *compliance* y que serán analizadas con más detalle a continuación. Por un lado, mediante obligaciones legales especiales (sea por la vía de la dirección pública clásica, sea mediante la “autorregulación regulada”) pueden dictarse a las empresas medidas específicas de control (o de autocontrol). Por otro lado, se puede considerar la creación de estructuras de estímulo que, igualmente pueden desarrollarse bajo la forma de una autorregulación regulada y, especialmente, con reformas en el Derecho penal de la empresa<sup>103</sup>.

## 2. Obligaciones legales de adoptar medidas de cumplimiento

En el Derecho alemán, como ya se ha repetido, se encuentran obligaciones legales de introducir elementos especiales de *compliance* en los ámbitos ya

---

<sup>102</sup> Cfr. sobre esta clasificación, *Hefendehl* en JZ 2006, p. 119 y ss.

<sup>103</sup> Acerca de un correspondiente *carrot-and-stick approach* ver *Sieber* (nota 37), p. 319 y ss.; ver también *Alwart* en: ídem (nota 35), p. 75 y ss.; *Prüfer*, *Korruptionssanktionen gegen Unternehmen*, 2004, p. 204 y ss.

mencionados del blanqueo de capitales (14 GWG), del sistema crediticio (25a KWG) y del mercado de valores (§ 33 WpHG). Además de esto, deben tenerse en cuenta las ya mencionadas disposiciones de la *Sarbanes-Oxley Act* estadounidense, la cual establece la responsabilidad del *Chief Executive Officer* y del *Chief Financial Officer* cuando, dolosamente, realizan afirmaciones que falsas, por incorrectas o incompletas, sobre la situación de la empresa<sup>104</sup>.

El problema de la estrategia de la determinación legal y, por tanto, coercitiva, de las medidas de cumplimiento radica en que las disposiciones legales sólo pueden definir de manera precisa algunas medidas. Por ello, fuera de sectores muy concretos, muchas veces apenas se puede reforzar penalmente tales obligaciones, tal como se observa en la falta de sanción inmediata en las numerosas medidas de *compliance* (p.ej. en los § 14 GWG, 25a KWG y 33 WpHG)<sup>105</sup>. Ni siquiera la *Sarbanes-Oxley Act* contiene disposiciones sancionadoras propias para numerosas regulaciones<sup>106</sup>. Iría contra la función de ultima ratio del derecho penal reforzar mediante la pena, el incumplimiento de un gran número de deberes empresariales. Por ello, tal como se ha mostrado anteriormente, sólo en casos muy concretos pueden establecerse legalmente y establecer sanciones penales en caso de incumplimiento, medidas de prevención de la criminalidad empresarial. A este respecto, podría constituir un ejemplo, que todavía no se ha hecho realidad en Alemania, la obligación de las empresas de introducir un sistema de *Ombudsmann* que se ocupe de las comunicaciones de posibles infracciones y la prohibición de imponer sanciones a los informantes.

---

<sup>104</sup> Cfr. la Section 906 de la *Sarbanes-Oxley Act* (nota 2), que refuerza los planteamientos correspondientes previstos en la *Foreign Corrupt Practices Act* y en la *Security Exchange Act*. Cfr. al respecto las disposiciones en *15 United States Code*, §§ 78 dd-78 y ss., según las cuales, la entrega de datos falsos ya estaba parcialmente penada antes de la *Sarbanes-Oxley Act*..

<sup>105</sup> Cfr. al respecto arriba II.2.b) y 3c).

<sup>106</sup> Así, no se ha reforzado penalmente ni la violación del deber de implementar un *Audit Committee* ni la obligación de elaborar un *Ethic Code* o la creación de una central de denuncias anónimas. En la *Sarbanes-Oxley Act*, se encuentra, como norma penal básicamente a la Section 906, la cual sanciona penalmente la afirmación falsa de que el balance de cierre era correcto. Pero aquí se trata de un clásico tipo penal económico que tiene paralelo con el existente en el Derecho alemán, en el cual se pena la exposición de datos falsos en los informes de la empresa (art. 331 del Código de Comercio y art. 17 de la Ley de publicidad).

Las disposiciones, ya referidas, del mercado de valores y blanqueo de capitales muestran no solamente la efectividad y los límites fácticos de tales medidas, sino también sus problemas jurídicos. Estos radican sobre todo en los ya mencionados límites de una privatización de la justicia penal y en la creación de deberes de colaboración que alteren las relaciones de confianza, como la de los auditores y los abogados<sup>107</sup>. Además, existen problemas de limitación del poder estatal y del principio de división de poderes, cuando las normas proceden de una autoridad estatal, como las supervisoras del mercado de valores, que tienen simultáneamente potestades para la creación de normas, facultades para esclarecer los hechos y competencias sancionadoras<sup>108</sup>. Por esta razón, tanto la efectividad como los mecanismos de protección tienen que ser perfilados cuidadosamente, con el fin de evitar colisiones entre los diversos sistemas, pero también por razones que derivan del Estado de Derecho<sup>109</sup>.

### 3. Otros estímulos para la adopción de programas de cumplimiento

Junto a las obligaciones legales especiales de *compliance* es posible que existan medidas generales que estimulen a las empresas a crear medidas de cumplimiento, pero dejándoles la libertad necesaria para su introducción e implementación. Actualmente se discute sobre todo la cuestión de en qué medida tales estructuras de estímulo serían posibles mediante una configuración apropiada del Derecho penal de la empresa.

En este trabajo no podemos detenernos sobre las todavía recientes experiencias del Derecho penal empresarial estadounidense, que otorgan una fuerte importancia a las medidas de *compliance* pro-activas y post-delictivas en las *sentencing guidelines*<sup>110</sup> y en las decisiones sobre el archivamiento del

---

<sup>107</sup> Cfr. sobre los límites de la privatización de la justicia penal, *Hamm* en NJW 2001, p. 3100 y ss.; *Meyer* en BewHi, 2004, p. 272 y ss.; *Scholz* en NJW 1997, p. 14 y ss.; *Sieber* en ZStW, tomo 119 (2007), p. 1 (40 y ss., 48); *Stohrer*, Informationspflichten gegenüber dem Staat in Zeiten von Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung, 2007. De manera especial sobre los deberes de denunciar, consultar a *Werner*, Bekämpfung der Geldwäsche in der Kreditwirtschaft, 1996, p. 59 y ss., así como sobre el modelo suizo en la lucha contra el lavado de dinero, p. 272 y ss.

<sup>108</sup> Cfr. acerca de estos problemas, especialmente *Vogel* en Festschrift für Jakobs, 2007, p. 731 (741 y s.).

<sup>109</sup> Cfr. resumiendo, *Sieber* en ZStW 119 (2007), p. 1 (44 y ss.).

<sup>110</sup> Cfr. sobre las Sentencing Guidelines arriba en la nota 31.



proceso<sup>111</sup>. El análisis que actualmente está siendo realizado en un proyecto de investigación del *Research School* del Instituto Max-Planck de Derecho penal extranjero e internacional de Friburgo va a aportar seguramente importantes datos en relación a estos interrogantes. Estos resultados, sin embargo, no pueden ser trasladados globalmente a Alemania, pues el sistema norteamericano está dominado por un gran margen de discrecionalidad del Ministerio Público y una responsabilidad de los dirigentes empresariales que ha sido calificada de infectiva<sup>112</sup>.

Por esta razón, para hacer una evaluación amplia de los nuevos planteamientos que implica el cumplimiento normativo, se deben considerar también la experiencia alemana, en concreto en materia de blanqueo y del mercado de valores que está siendo objeto de otro proyecto de investigación por el Instituto Max-Planck de Friburgo. A la luz del presente análisis, la posibilidad de implementar sistema de cumplimiento efectivo se producen sobre todo cuando el cumplimiento de estos deberes especiales incrementa el esclarecimiento de delitos y, al mismo tiempo, se estable un derecho sancionador de la empresa respetuoso con el Estado de Derecho, que dirigido a empresas y otros entes colectivos, contenga estructuras de estímulo para la creación de sistemas de cumplimiento.

La investigación realizada en este trabajo sobre el Derecho penal de la empresa ha puesto de manifiesto que un sistema de sanciones para empresas, añadido constructivamente a la consideración y promoción de medidas de *compliance*, es mejor que un sistema penal solamente individual. Tal como enseñara *Tiedemann*, a través de su teoría sobre la culpabilidad por defecto de organización, las sanciones se dirigen a empresas que tienen competencias para dirigir comportamientos. Sobre esta base resulta posible establecer una estructura de estímulos para introducir programas de cumplimiento, con ayuda de la medición de la pena. En este punto puede servir de modelo no sólo el derecho penal norteamericano con sus *sentencing guidelines*, que atenúan la sanción cuando la empresa “hubiera implementado un programa efectivo de *compliance* y de ética al momento de la comisión de los hechos”<sup>113</sup>, el Derecho penal

---

<sup>111</sup> Cfr. al respecto también, *Dannecker* en: Alwart (nota 61), p. 5 y ss.

<sup>112</sup> Cfr. sobre la crítica al Derecho penal empresarial estadounidense, *Lauffer*, *Corporate Bodies and Guilty Minds*, 2006, p. 38 y ss.

<sup>113</sup> § 8B2.1, § 8C2.5, 2007 Federal Sentencing Guidelines Manual (cfr. nota 31).

italiano cuanta con un modelo similar, donde se reduce la sanción cuando la empresa “hubiera admitido y puesto en funcionamiento un modelo de organización apropiado para prevenir delitos como el que se hubiera cometido”<sup>114</sup>. El legislador alemán podría seguir esta ruta con poco esfuerzo, eventualmente a través de unas directrices para el proceso penal y la imposición de sanciones administrativas.

Este sistema sancionador, si quisiera efectivamente promover medidas de *compliance*, debe poderse aplicar no sólo en caso de infracciones cometidas por órganos de la empresa y trabajadores que se orientan de manera racional buscando el beneficio, sino también contar con sanciones efectivas<sup>115</sup>, tanto para los que dirigen la empresa e implantan sus distintos procedimientos, como contra ésta misma por su organización. El Derecho penal individual debería, pues, complementarse por un Derecho sancionador de la empresa ubicado en el Código penal. En este lugar debe dejarse de lado si se trataría de un auténtico derecho penal o de un sistema *sui generis* de medidas situado entre las penas y las medidas de seguridad. Lo decisivo es que este sistema no sólo sea efectivo e intimidante, sino también que contenga los necesarios mecanismos necesarios para la protección de los derechos de los trabajadores y las empresas afectadas. Una ubicación de las reglas dentro del Código Penal ofrece la ventaja de una mejor visibilidad de las nuevas sanciones y medidas, de una desaprobación más fuerte de las acciones reguladas y la creación de penas efectivas dentro de un sistema que tiene apropiados mecanismos de protección. Klaus Tiedemann recomendó, ya en 1996, al legislador alemán esta “doble vía” del derecho penal colectivo<sup>116</sup>, a la que se han sumado en el ámbito interna-

---

<sup>114</sup> Art. 12, D. Lgs. 8 de junio de 2001, n. 231, Art. 12.

<sup>115</sup> Al hacer una comparación entre la sanción contravencional alemana, prevista en el art. 30 OWiG, el Derecho contravencional de cárteles de la Comunidad Europea basado en los arts. 81 y ss. del Tratado de la Comunidad Europea, y el Derecho penal empresarial estadounidense (incluyendo al Derecho de medidas complementarias de la SEC norteamericana), sale a relucir que el Derecho alemán tiene que ser revisado aquí de manera crítica, aún cuando estos procedimientos extranjeros no puedan constituir modelos a seguir en Alemania.

<sup>116</sup> Cfr. Tiedemann en: Schoch/Stoll/Tiedemann (edits.), *Freiburger Begegnung*, 1996, p. 30 y ss. (54). Y también en la 2da. edición de su Manual de Derecho penal económico el parte de que las empresas podrían ser destinatarias de las normas del Derecho penal, dado que y en la media en que pueden cumplir con lo que debe ser. Cfr. Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht AT* (nota 48), p. 136 (n. marg. 243).

cional las recomendaciones de la UE y de otras organizaciones internacionales, amén de otras reformas nacionales<sup>117</sup>.

## V. RESUMEN

Los programas de cumplimiento desarrollados en los EE.UU. constituyen estructuras ordenadoras autorreferenciales de nuevo tipo que actualmente se están difundiendo también en Alemania. Los nuevos *Corporate Codes* han dado pie a modificaciones cuyas consecuencias todavía no pueden apreciarse. Estos cambios, en una sociedad global llena de riesgos complejos, no solamente atañen a un solo aspecto singular en la evitación de la criminalidad empresarial, sino también a cuestiones básicas y decisivas del futuro Derecho penal de la empresa alemán y mundial, así como de las posibilidades jurídicas de regulación que van más allá del Derecho penal estatal. La problemática de principio que plantean los programas de *compliance* se pone de manifiesto cuando se ve en ellos medidas para impedir la criminalidad empresarial que no solamente son mandadas por la ley bajo la forma de medidas especiales de prevención, sino también deben ser desarrolladas por las empresas mismas con motivo de nuevas formas de autorregulación y de corregulación.

A esta concepción de la *regulated self-regulation* se vincula un nuevo planteamiento de teoría y práctica político-criminales para controlar la criminalidad de la empresa y que va a influir decisivamente al Derecho penal empresarial, entre otras cosas porque tampoco se ven mejores alternativas. Por ello, la integración de los programas de *compliance* y de la regulación privada en el sistema jurídico estatal constituye el planteamiento actualmente más interesante para la prevención de la criminalidad económica.

El análisis del Derecho vigente ha llevado al resultado concreto de que los programas existentes de *compliance* ya de *lege lata* surten efectos para la punibilidad de los trabajadores de la empresa y, sobre todo, también en la imposición de sanciones a las empresas. Para crear estructuras de estímulo reforzadas con miras a sistemas de *compliance* efectivos, el Derecho penal de la empresa debería, sin embargo, de *lege ferenda* ser perfeccionado mediante un Derecho sancionador de

---

<sup>117</sup> Cfr. Tiedemann en: Eser/Thormundsson (nota 59), p. 157 y ss. (157); *idem* en: Schoch/Stoll/Tiedemann (nota 115), p. 30 y ss. (34); *idem* en: Tiedemann (ed.) *Wirtschaftsstrafrecht in der Europäischen Union*, simposio de Friburgo, 2002, p. 3 y ss. (17).

la empresas regulado en el Código penal, que disponga de efectivos mecanismos represivos y que tenga su contenido de injusto material en la culpa organizativa de la empresa, pero que también sea limitado —eventualmente quizás sólo bajo la forma de una condición objetiva de punibilidad— por una punibilidad de accesoriedad limitada de los trabajadores de la empresa así como por las clásicas garantías penales<sup>118</sup>.

---

<sup>118</sup> Cfr. sobre la necesaria aplicación de garantías de Estado de Derecho en las sanciones a las empresas sentó las bases ya antes, *Tiedemann* en “Festschrift für Jescheck”, 1985, p. 1411 (1418).



# Compliance, debido control y unos refrescos<sup>1</sup>

JUAN ANTONIO LASCURAÍN

Catedrático de Derecho Penal (Universidad Autónoma de Madrid)

## I. INTRODUCCIÓN

1. Alberto García Fresneda es uno de los responsables de ventas de la famosa empresa fabricante de refrescos “Burbuja”. Está negociando con una poderosa cadena de restaurantes la renovación de un contrato de suministro en exclusiva. Sabedor de que su gran competidora “CitruX” le ha hecho una buena oferta a la cadena —por el precio ofrecido, inferior al de “Burbuja”, y porque el público joven, el mayoritario de tales restaurantes, muestra su preferencia en las últimas encuestas por los refrescos CitruX— invita a Javier Fénix Roldán, responsable de compras de la cadena, a su mujer y a sus tres hijos a que asistan con entrada *vip* al gran premio de Fórmula 1 de Bahrein, del que Burbuja es patrocinador. La invitación incluye el viaje de avión en primera clase y estancia de tres noches en un hotel de cinco estrellas en régimen “todo incluido”. Alberto pretendía influir en la decisión de Javier para mayor gloria suya —a la vista sobre todo de que se rumorea que en su área puede haber relevos y despidos— y para mayor beneficio de su empresa.

Cabría extremar el ejemplo con el carácter explícito de la ventaja como contraprestación por el contrato, aunque perdería la sutileza que suele acompañar a la corrupción en la vida real. En todo caso, el comportamiento de Alberto podría subsumirse en el nuevo tipo penal de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP). Tan nuevo como la pregunta por la imputación del delito a Burbuja, S. A. Ninguna broma: ante todo porque el estigma penal que acompaña ya a la mera imputación adquiere aquí un coste reputacional elevado y a buen seguro amplificado por la competencia; también, claro, porque la pena puede alcanzar los tres años de multa y venir acompañada por una pena interdictiva de hasta

---

<sup>1</sup> “Compliance” equivale a “*compliance programs*” y por ello a “programas de cumplimiento” de la legalidad. Sería más correcta esta última expresión, pero a costa de alargar en exceso el título del artículo. Debo decir que el mismo se inspira en el de Pantaleón Prieto “La Constitución, el honor y unos abrigos” (*La Ley*, 1996, 2, pp. 1689 y ss.).

dos años si es la primera vez que la empresa comete un delito: la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, la prohibición de realizar contratos de suministro en exclusiva, la inhabilitación para obtener ayudas, subvenciones y contratos públicos, o la intervención judicial (art. 288 CP).

2. La respuesta a la pregunta por la imputación a la empresa la encontramos en el artículo 31 bis 1, párrafo 2.º CP. Será “sí” si el delito individual lo cometió un empleado de la empresa, en el ejercicio de su actividad como tal y en provecho de la empresa, y si además —y aquí estará la clave, pues los anteriores requisitos son notoriamente concurrentes— Alberto ha podido realizar su conducta antijurídica “por no haberse ejercido sobre él el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso”.

Ni el artículo 31 bis ni ninguno otro del Código Penal contienen la expresión “programas de cumplimiento”, objeto de este artículo; tampoco, por lo tanto, como requisito negativo de la imputación a una persona jurídica. El Código habla de algo relacionado, pero diferente, que es el “debido y circunstanciado control” sobre los empleados; *rectius*: sobre el empleado que ha delinquido. Relacionado, porque si los programas de cumplimiento son mecanismos organizativos dirigidos a que en la empresa se respete la legalidad, son mecanismos de control en el sentido del artículo 31 bis CP. Tan es así que, desde luego en empresas de tamaño medio y grande, no parece posible este control sin aquellos programas: si no es un control complejo y organizado. Sólo si los tiene podrá ejercer el control dirigido a que sus empleados no delinca en su favor. Pero el control no se identifica con su instrumento, con los programas, ni la existencia de estos garantiza sin más la del control. Hará falta que sean buenos instrumentos, funcionales al fin para el que se conciben. Y si lo que se trata es de que el control lo sea de determinada calidad e intensidad, debido y circunstanciado a decir del legislador, también los programas habrán de ser debidos y circunstanciados<sup>2</sup>. La exigencia de que

---

<sup>2</sup> Tiene la razón la Fiscalía General del Estado cuando señala que lo importante no es “adquirir” —atención al verbo— un programa de cumplimiento, sino observar el debido control: en la Circular 1/2001 señala que “lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados” (III.3).

el control sea adecuado “atendidas las circunstancias del caso” parece exigir que el mismo no sea genérico, sino atento a las concretas características —circunstancias— de cada actividad empresarial. Sugiere también la índole del análisis judicial *ex post*: la responsabilidad penal de la empresa no se esfumará sin más porque la misma tenga un buen programa de cumplimiento que instrumente un buen control sobre determinadas tentaciones delictivas de los empleados. El objeto de análisis del juez no será una especie de *due diligence* penal global de la compañía sino algo bastante más concreto: si la conducta delictiva individual que se enjuicia fue una conducta sobre la que no se ejercitaba control<sup>3</sup>, cosa que, si bien difícilmente, puede suceder a pesar de que la empresa tenga un amplio y eficaz programa de prevención que tenía no obstante un pequeño agujero.

## II. EL DEBIDO CONTROL Y LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE IMPUTACIÓN PENAL

3. Los programas de cumplimiento son, pues, un instrumento necesario para ejercitar el debido control. Pero especifiquemos las elipsis de las expresiones —¿cumplir qué?, ¿controlar qué?—: se trata de programas de cumplimiento de la ley penal —programas dirigidos a que se cumplan determinados prohibiciones y mandatos penales en el ejercicio de la actividad social— como ejercicio del debido control de la empresa de que sus administradores y empleados no cometan delitos en su favor. En tal sentido son también programas de prevención penal. Son programas de cumplimiento, de control y de prevención<sup>4</sup>.

Si hasta ahora los programas empresariales de cumplimiento legal habían importado relativamente poco a los penalistas, era por su carácter marginal para la determinación de la responsabilidad penal. Sólo resultaban relevantes como ma-

---

<sup>3</sup> Para Dopico Gómez-Aller, “si la persona jurídica había adoptado medidas para prevenir, detectar o reprimir la comisión de delitos como el que efectivamente se cometió” (“Memento Reforma Penal Ley Orgánica 5/2010, Madrid, Francis Lefebvre, 2010, n. m. 178). En el mismo sentido, Mir Puig y Gómez Martín, “Derecho Penal. Parte general”, Barcelona, Reppertor, 2011, 9.ª ed., p. 207, n. m. 86.

<sup>4</sup> En definición de Alonso Gallo, “los *compliance programs* o programas de cumplimiento son los sistemas internos de control que tienen algunas empresas con el fin de evitar incumplimientos normativos serios por parte de sus empleados y directivos o, de producirse estos, detectarlos” (“Los programas de cumplimiento”, en AA.VV., dir. Díaz-Maroto, “Estudios sobre las reformas del Código Penal”, Madrid, Civitas, 2011, p. 148).



nifestación de observancia de determinados deberes de cuidado y de garantía de los administradores y altos directivos de las empresas en determinados ámbitos (por ejemplo, en materia medioambiental o de seguridad de los trabajadores). Y si ahora importan más es porque tales deberes de diligencia penalmente reforzados se han ampliado: se extienden a otros sectores y se extienden a otros sujetos, a un sujeto colectivo, al residenciarse su titularidad en la persona jurídica. Desde la perspectiva penal, pues, hay más conductas que controlar para que no deven gan en gravemente irregulares. Y ese control doblemente penal —obligación penal de que no se cometan delitos— se habrá de programar e institucionalizar<sup>5</sup>.

4. Luego volveré a los programas para intentar avanzar en su contenido. Pero para volver con paso firme será necesario detenerse en la finalidad que demarca su esencia: en el debido y circunstanciado control al que sirven. Detenerse primero y continuar por elevación: el debido control sólo se entiende en el marco del sistema de imputación de delitos a las personas jurídicas, y éste a su vez viene delimitado por los principios constitucionales que demarcan la generación e interpretación de normas penales. Si no me equivoco, estos principios deparan algunos rasgos importantes de la índole del debido control y de su posición en el proceso penal: que se trata de un control no sólo sobre los empleados sino también sobre los administradores, y que su existencia se presume y que es su ausencia la que hay que probar.

El legislador ha optado por un sistema penal de sanción a las personas jurídicas. Frente a lo que sugiere el legislador en el preámbulo de la LO 5/2010<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> De ahí que los programas de cumplimiento puedan probar que la persona jurídica no actuó antijurídicamente. O, según Gómez-Jara Díez, no culpablemente: “los programas de cumplimiento efectivo pueden fungir como indicadores de que una organización empresarial desarrolla una cultura empresarial de fidelidad al Derecho, que, de esa manera, podrían fungir como causas de exclusión de la culpabilidad empresarial” (“La culpabilidad penal de la empresa”, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 273; también en “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *La Ley*, 7534, 2010, punto III.5).

<sup>6</sup> Tras señalar en el apartado I que “España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones —a veces de considerable calado— de nuestras normas penales”, indica en el apartado VII que “[s]on numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas

no era ésta una obligación derivada de nuestra pertenencia a la Unión Europea<sup>7</sup>, como lo demuestra por cierto la legislación alemana o la italiana. España ha optado por los cañonazos y no por las balas<sup>8</sup>, y ahora ha de ser consecuente

---

informáticos...). Al justificar el sistema de penas se menciona la opción “en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición”.

<sup>7</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, quien considera como probable incentivo de la opción por el Derecho Penal “la estructura territorial del poder sancionador administrativo en España y su no siempre pacífica distribución competencial” (“Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 114). También, Bacigalupo Saggese, “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (art. 31 bis y 129)”, en *La Ley*, 7.541, 2011, punto I; Mir Puig y Gómez Martín, op. cit. n. 3, p. 201, n. m. 72. La fórmula general de los instrumentos comunitarios se refiere a que los Estados garanticen que a las personas jurídicas consideradas responsables se les apliquen “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”, aclarándose en ocasiones que “incluirán multas de carácter penal o administrativo” (Segundo Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997, art. 4.1; Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, de 28 de mayo de 2001, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, art. 8.1; Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos, art. 5; Decisión Marco 2003/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, art. 7; Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo de 25 de octubre de 2004 relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, art. 7.1; Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005 relativa a los ataques contra los sistemas de información, art. 9; Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques, art. 7; Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo de 22 de diciembre de 2003 relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, art. 7). Ciertamente en la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal (art. 6) y en la Directiva 2009/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se modifica la Directiva 2005/35/CE relativa a la contaminación procedente de buques y la introducción de sanciones para las infracciones, se alude a que los Estados deben asegurarse de que las personas jurídicas pueden ser consideradas responsables por los “delitos” o “infracciones penales” a que se hace referencia, pero de ello no se sigue que tal responsabilidad de las personas jurídicas sea penal. De hecho la fórmula para la sanción vuelve a ser la de las “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias” (arts. 7 y 9, respectivamente).

<sup>8</sup> Con prolija argumentación sostiene Robles Planas que “no cabe un modelo de responsabilidad *penal* para las personas jurídicas sin violar principios fundamentales del Derecho Penal” y que el sistema que establece nuestro Código es “solo formalmente penal” (“Pena y

con tal opción: como es muy peligroso, disparar con cañón tiene sus reglas, sus estrictas garantías, sus principios, no coincidentes en sus exigencias prácticas con los de labores de artillería menos contundentes. Que tales principios sean inicialmente los mismos —en lo sustantivo, en esencia, los de legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, igualdad y prohibición de sanciones inhumanas— no significa que la ponderación que constituye parte de su contenido no depare prácticas normativas, interpretativas y procesales diferentes en función de la intensidad de la sanción y, con ella, del sacrificio del valor que el principio pretende vehicular. Podemos tolerar una norma de cierta ambigüedad si la sanción es una pequeña multa, pero la misma indeterminación puede parecerse intolerable si lo que está en juego es nuestro ingreso en prisión. No de otro modo se explica la naturalidad con la que en el Derecho Administrativo sancionador aceptamos que una de las partes en conflicto sea quien imponga la sanción, que el procedimiento no sea oral, o que en un pasado reciente conviviera el tabú de la pena a las personas jurídicas con la práctica frecuente y natural de su sanción administrativa<sup>9</sup>.

Las sanciones penales son más graves, pudiendo incluso llegar a la privación de libertad, y se imponen como consecuencia de comportamientos socialmente más disvaliosos: protegen los bienes jurídicos más importantes frente a ante los ataques más peligrosos. A ello conduce el principio de proporcionalidad y la lógica de la prevención general intimidatoria e integradora. Estas diferencias cuantitativas arrastran con naturalidad ciertas diferencias cualitativas. El que se sancione más y el que se sancione lo más grave incide en el modo de sancionar. Los principios y garantías que gobiernan el Derecho sancionador no son diferentes porque la sanción sea más grave o más leve, pero sí pueden admitir procedimientos y modos de sanción distintos en función de la lesividad de la consecuencia jurídica impuesta.

La razón de ello hay que encontrarla en la propia naturaleza de los principios y de los valores que los principios encauzan. Los principios jurídicos no sólo actúan como control mínimo de legitimidad de una norma o de un conjunto de normas, sino que lo hacen también como baremo de dicha legitimidad, al admitir una continua gradación relativa de su vigencia. Una norma penal vulnera o no vulnera el principio de legalidad o el de culpabilidad o el de

---

persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP”, en *La Ley*, 7705, 2011,., puntos IV.1 y 2). Desde luego esa supuesta “formalidad” no se refleja ni en la semántica, ni el proceso, ni en el lugar de regulación, ni en la incisividad de las sanciones.

<sup>9</sup> De acuerdo en que esta opción por el Derecho Penal “no es una cuestión baladí” y que “no se trata de una mera cuestión de nombres”, Alonso Gallo (op. cit. n. 4, p. 144). También, Feijoo Sánchez (“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AA.VV.-dir. Díaz-Maroto, “Estudios sobre las reformas del Código Penal”, Madrid, Civitas, 2011, pp. 87 y s.) y Robles Planas (op. cit. n. 8, punto II.5.c). Relativiza en cambio esta diferencia, Bacigalupo Zapater (“Compliance y Derecho Penal”, Pamplona, Aranzadi, 2011, p. 83).

proporcionalidad, pero una vez superado el mínimo que exigen dichos principios puede calificársela como más o menos respetuosa de tales principios, como más o menos determinada, como más o menos proporcionada. A su vez, la progresión en el respeto de los principios no es totalmente inocente; no deja de tener lamentables víctimas en el camino. La protección de unos principios colide con la protección de otros valores, principios o intereses jurídicos y es por ello también una cuestión de proporcionalidad. Una norma administrativa que no sancione a las personas jurídicas es más respetuosa con el principio de culpabilidad que otra que no lo haga, pero por la propia complejidad de su aplicación es más ineficaz en la protección de bienes que persigue. Una norma exquisitamente determinada es más acorde con el principio de legalidad que otra que apenas rebase la suficiencia en este requisito, pero será ésta la que con su flexibilidad termine probablemente dotando de soluciones más justas a determinado tipo de conflictos.

A estas dos características de los principios sancionadores (gradabilidad y conflictividad) debe añadirse otra, que es su relación estrecha con la cuantía de la sanción. Y ello por al menos dos tipos de razones. De un lado, la vigencia de un principio tiene que ver con la del valor o valores que encausa y esos valores quedan más o menos afectados en función de la cantidad de sanción de la norma analizada. De otro lado, como con lucidez ha expuesto Cid Moliné, “las garantías de las sanciones deben servir, justamente, para evitar que el mal de la sanción supere sus posibles efectos benéficos de prevención”. De ahí que “a mayor gravedad de las sanciones punitivas, más peligro existe de que el daño producido por las sanciones supere el beneficio derivado de ellas y, por ello, más garantías se requieren para evitarlo”<sup>10</sup>.

La gravedad de las sanciones (lo “cuantitativo”) comporta un modo distinto de sancionar (lo “cualitativo”). Curiosamente esto provoca un efecto de rebote: el peculiar modo penal de sancionar añade leña al fuego de la sanción, haciéndola más grave. Lo cualitativo lleva ahora a lo cuantitativo. La intrínseca mayor severidad del Derecho Penal; el hecho de que más allá de la zona fronteriza, se ocupe indudablemente de los comportamientos más graves; el mayor número o la mayor intensidad de sus garantías, que conducen a un procedimiento judicial, lento, ritual y formalizado: todo ello hace que no sea igual —su imposición o su amenaza— una sanción penal que una sanción administrativa que fuera aparentemente (cualitativa y cuantitativamente) idéntica. Por su propia naturaleza, por la imagen social que transmite, por toda una tradición histórica que le otorga un fuerte carácter simbólico respecto a lo que es justo y a lo que es intolerable, es más aflictiva la sanción penal igual que la administrativa, y por ello protege más, datos ambos que habrá que tomar en cuenta en el juicio de proporcionalidad de la norma<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> “Garantías y sanciones. Argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas”, en *Revista de Administración Pública*, 140, 1996, pp. 138 y s.

<sup>11</sup> Debe recordarse, con Alf Ross, que el propio reproche que comporta la sanción constituye en sí mismo una sanción añadida (“La finalidad del castigo”, e AA.VV., “Derecho, Filosofía y Lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja”, Astrea —Buenos Aires—, 1976, p. 157) y debe añadirse que esa sanción tiene por razones históricas, psicológicas y sociológicas un peso especial cuando es penal. Como afirma Silva Sánchez, “buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal radica en su significado comunicativo. Pues bien, en contextos en los que la propia certeza y la propia severidad del castigo pueden hallarse en tela de juicio, la dimensión pública del Derecho penal, la *sacralidad* que se le asocia, la *distancia* que generan

Quiere decirse con ello que la vida no puede seguir igual en el tránsito de un sistema de responsabilidad sancionadora exclusivamente administrativa a un sistema que añade la responsabilidad penal. En concreto lo que deseo destacar es que la catalogación penal hace que el modo de sanción haya de ser más cauteloso, más garantista. Obvio es que no vale sin más importar lo que se hacía y se hace con las sanciones administrativas cambiando únicamente el órgano sancionador y la etiqueta de la sanción. El procedimiento debe ser diferente y debe ser diferente también el mecanismo de imputación del delito al sujeto infractor.

5. De entre los principios penales que vinculan a la pena, voy a reparar en la aplicación de tres de ellos al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas: el principio de personalidad de las penas, derivado del principio de culpabilidad, que señala que sólo se puede penar a alguien por lo que él hace, por una conducta propia<sup>12</sup>; el segundo principio es el de que no se puede penar dos veces (*bis*) por lo mismo (*idem*); y el tercero es uno de los postulados del principio de presunción de inocencia: todos los hechos que fundamentan la anti-juridicidad de un hecho han de ser probados por la acusación.

A. El principio de responsabilidad por el hecho propio comporta que la responsabilidad penal de la persona jurídica no puede ser una carga por lo que su

---

las *formas rígidas* (lenguaje, vestuario, escenario) con respecto a la cotidianeidad constituyen un importante factor de prevención. En concreto un factor que permite el mantenimiento de los niveles tanto de prevención disuasoria, como de contención de reacciones informales como, en fin, de prevención de integración, sin necesidad de aumentar el sufrimiento efectivo de los sujetos afectados por la intervención del Derecho penal” (“La expansión del Derecho Penal. Aspectos de política criminal en las sociedades postindustriales”, Madrid, Edisofer, 2011, 3.ª ed., pp. 58 y s.).

<sup>12</sup> La gran cuestión tradicional de la responsabilidad penal (o, en general, sancionadora) de las personas jurídicas es la de si no se estará sancionando a unos, al sancionar a todo el colectivo —a todos los titulares de la persona jurídica—, por lo que han hecho otros: con independencia de su concreta conducta. En la brillante argumentación de Robles Planas para sostener su tajante conclusión de que “no cabe un modelo de responsabilidad penal para las *personas* jurídicas sin violar principios fundamentales del Derecho penal” (op. cit. n. 8, punto IV.1), se recoge esta objeción (II.4.2) junto con otras con algún regusto apriorístico en tanto que lo parecen menos de legitimación de la pena y más de alteración del modelo de imputación de responsabilidad penal a la persona física, como la relativa a que “la desorganización de una persona jurídica no es un acto que infrinja una norma” (II.2.5.a) o a que la desorganización de la persona jurídica es insuficiente “para constituir su injusto en relación con el hecho cometido por la persona física” (II.2.6).

administrador o empleado han hecho, sino que sólo puede ser la consecuencia de lo que la persona jurídica como tal ente colectivo ha hecho<sup>13</sup>. La responsabilidad penal no puede ser vicarial o por representación<sup>14</sup>. La responsabilidad penal no puede transferirse<sup>15</sup>.

B. Corolario de lo anterior es el de que lo que la persona jurídica ha hecho ha de ser diferente de lo que sus individuos —administradores, directivos o empleados— han hecho. Por razones de culpabilidad y por razones derivadas del principio *non bis in idem*. Si a la empresa se la sanciona por el hecho de otro y a ese otro también se le sanciona, no sólo se lesionaría el principio de culpabilidad, sino que también se incidiría en cierto modo en la prohibición de *bis in idem*, pues nuestro Código no sólo permite una responsabilidad cumulativa de individuo y colectivo, sino que casi la supone. Repárese en que la sanción tendría como presupuesto el mismo hecho y el mismo fundamento, que sería la misma necesidad de prevención del hecho individual y que el principio sólo lograría salvarse por la diversidad de sujetos sancionados<sup>16</sup>.

C. Todo lo anterior no refleja sino que, como sostiene la doctrina penal mayoritaria, la persona jurídica sólo puede responder —“puede”, desde la perspectiva constitucional: sólo es legítimo que responda— por lo que ella como tal colectivo hizo: porque o bien a través de sus mecanismos de decisión la sociedad optó por el delito —que hubo dolo: había un política delictiva en la empresa, y esto será lo más excepcional—, o bien que en su manera colectiva de actuar y decidir, en su modo de producción, no fue cuidadosa —imprudencia—: que fue

<sup>13</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, nn. mm. 118, 162; Gómez-Jara Díez, “La responsabilidad penal...”, cit. n. 5, punto III.5.

<sup>14</sup> Así, Ortiz de Urbina Gimeno, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial (*‘Compliance Programs’*)”, en AA.VV. (dir. Goñi Sein), “Ética empresarial y Códigos de Conducta”, Madrid (La Ley), 2011, pp. 118 y s.; Díez Ripollés, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Indret*, 1/2012, pp. 5 y s.

<sup>15</sup> En este sentido hieren el oído algunas de las afirmaciones de la Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado: “responsabilidad vicarial” (III.1, VII.2.<sup>ª</sup>), “sistema de heterorresponsabilidad” (III.1), “transferencia de responsabilidad” (II.1, II.4, VII.2.<sup>ª</sup>), o que sea “indiferente la naturaleza dolosa o imprudente del gestor” (III.3), o que “la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia [...] deben residenciarse en las personas físicas” (III.1) y no en la corporación que también va a ser penada y estigmatizada.

<sup>16</sup> Esto último parece admitirlo la Circular de la Fiscalía (III.1), que sí ve *bis in idem* cuando el sujeto termina siendo el mismo (negocios unipersonales).

un defecto de organización el que ocasionó el delito, que no desplegó el debido control para que desde su seno no se cometieran delitos en su favor<sup>17</sup>. Dicho de otro modo: no se preocupó suficientemente de contrarrestar el efecto criminógeno constituido por los beneficios que para sus administradores, directivos y empleados comporta favorecer a la empresa en un mercado competitivo<sup>18</sup>.

a. Lo anterior tiene, a mi juicio, dos consecuencias jurídicas importantes. La primera es que también en el primer criterio de imputación (delitos de los administradores) está implícito el requisito de la falta de un debido control. De este modo, si tal control existía y fue eludido por el administrador no cabrá imputar el delito a la empresa<sup>19</sup>.

Ciertamente la lectura del art. 31 bis no habla en este caso de que el delito haya sido posibilitado por la falta de debido control. Más bien parecería que el legislador piensa que existe un automatismo entre el delito del administrador a favor de la empresa y el delito de la empresa misma, pues al fin y al cabo aquél es su cerebro<sup>20</sup>. Creo sin embargo que esto es así sólo cuando el administrador es único y es por lo tanto el organizador de la empresa, pues por definición, no hay un control añadido que pudiera exonerar a la empresa: por definición el delito es un acto de desorganización empresarial. Distinto es cuando el cerebro es complejo: cuando son varios los administradores y uno de ellos delinque elu-

---

<sup>17</sup> Así, “el defecto de organización de la persona jurídica sería el equivalente al injusto de la persona física” (Feijoo Sánchez, op. cit. n. 9, p. 83). Añade este autor, con razón, que “habría que exigir, adicionalmente, una culpabilidad propia de la persona jurídica en la medida en que el defecto de organización debe ser responsabilidad de la persona jurídica por su ‘falta de ética empresarial, o su ‘cultura de incumplimiento de la legalidad’” (p. 83). Sobre los esfuerzos doctrinales en el fundamento de la culpabilidad de la persona jurídica, Robles Planas, op. cit. n. 8, puntos II.2.2 y ss. Muy ampliamente, Gómez-Jara Díez, en Bajo Fernández, Feijoo Sánchez y Gómez-Jara Díez, “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Madrid (Civitas), 2012, pp. 157 y ss.

<sup>18</sup> Sobre la empresa como factor criminógeno, v. Nieto Martín, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid, Justel, 2008, pp. 38 y ss.; Ortiz de Urbina Gimeno, op. cit. n. 14, pp. 100 y ss.

<sup>19</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 162; Bacigalupo Zapater, op. cit. n. 9, p. 83; Bacigalupo Saggese, op. cit. n. 7, punto II.a.; Ortiz de Urbina Gimeno, op. cit. n. 14, p. 123. Crítico con esta interpretación, Díez Ripollés, op. cit. n. 14, p. 18. Si no fuera así, “en los casos en los que la persona física actúa inculpablemente, si se mantiene la responsabilidad de la persona jurídica [...] ésta es inevitablemente una responsabilidad sin culpabilidad” (Rodríguez Mourullo, *Abogados*, septiembre 2010, p. 40).

<sup>20</sup> Así, Alonso Gallo, op. cit. n. 4, p. 147.

diendo torticeramente los adecuados mecanismos de control implantados en la sociedad. Sancionar en estos casos a la empresa bien organizada es contrario al principio de culpabilidad<sup>21</sup>. Ha de hacerse entonces una interpretación principal reductiva del área de punición y por lo tanto no lesiva a su vez del principio de legalidad<sup>22</sup>. De hecho, esta exoneración está prevista expresamente en otros ordenamientos<sup>23</sup>. Y de hecho, y esto es un argumento sistemático, cuando nuestro propio Código Penal prevé como atenuante el establecimiento, tras el delito individual pero antes del juicio, de “medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos”, no la restringe a los supuestos de imputación por la conducta del empleado descontrolado, sino que abarca los del administrador delincente. Y si estas medidas atenúan tras el delito es porque exoneran antes de él<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> Así, Bacigalupo Zapater, op. cit. n. 9, p. 88.

<sup>22</sup> En contra, Díez Ripollés, op. cit. n. 14, p. 19.

<sup>23</sup> Como el italiano. El art. 6.1 del Decreto Legislativo 231/2001 prevé que “[s]e il reato e' stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a) [persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unita' organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso], l'ente non risponde se prova che:

a) l'organo dirigente ha adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, modelli di organizzazione e di gestione idonei a prevenire reati della specie di quello verificatosi;

b) il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e' stato affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo;

c) le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione;

d) non vi e' stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)”.  
O como el chileno. El artículo 3.º de la Ley núm. 20.393, bajo el rótulo “Atribución de responsabilidad penal”, señala que “[l]as personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1º que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión. [...]

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

<sup>24</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 291; Bacigalupo Zapater, op. cit. n. 9, p. 89; Bacigalupo Saggese, op. cit. n. 7, punto II.c.; De la Mata Barranco, Bilbao Lorente y Algorta Borda, “La atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su extensión: instrumentos de prevención en el seno corporativo”, en *La Ley Penal*, 87, 2011, pp. 9, 13; Gómez-Jara Díez, “La responsabilidad penal...”, cit. n. 5, punto



En los casos de administración única, por cierto, debe dudarse de la oportunidad de la sanción a la persona jurídica. Si ya se sanciona con dureza al administrador delincente no parece que haya necesidad preventiva para la sanción de la empresa, pues no hay otro, o lo hay lejanamente —¿el titular de la empresa?—, que esté permitiendo la utilización delictiva de la entidad. La justificación de la punición se debilita además con su deriva desde una organización defectuosa hacia una selección o control defectuoso del organizador.

No hay desde luego legitimación de la sanción en los casos de negocios unipersonales donde se funden en una persona titularidad y administración y donde las dos sanciones se refieren a la comisión del delito y a la no evitación del delito por parte de quien lo cometió —¿podemos acaso castigar al homicida activo también por no salvar su víctima?—. Resulta difícil sostener aquí que la sanción a la persona jurídica por el delito del administrador no supone un *bis in idem*, a la vista de que la aflicción doble recae en el mismo sujeto.

b. La otra consecuencia relevante desde el punto de vista principal tiene que ver con el derecho a la presunción de inocencia. Si el injusto propio del delito de la persona jurídica radica en la decisión por el delito o, lo que será muchísimo más frecuente, en una específica desorganización, en la falta del debido control para que no se cometan delitos desde ella y en su favor, resulta evidente que tal falta del debido control, tal negligencia, habrá de ser probada por la acusación.

En este sentido no me parece tolerable —no me parece constitucional— lo que propone la Fiscalía en la Circular 1/2011: demostrado el delito individual, que se apañe la empresa con la prueba de que fue cuidadosa<sup>25</sup>. Que demuestre su inocencia. Esto es desde luego incorrecto desde la comprensión de la culpabilidad por defecto de organización: es la acusación la que tiene que probar que un segundo sujeto hizo las cosas mal permitiendo dolosa o imprudentemente que el delito individual se cometiera. Pero creo que es también incorrecto desde la (a su vez incorrecta) perspectiva vicarial, que se sustenta en una omisión de

---

III.7; Mir Puig y Gómez Martín, op. cit. n. 3, p. 210, n. m. 94. En contra, Díez Ripollés, op. cit. n. 14, p. 28.

<sup>25</sup> “Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho” (III.3).

control de los administradores que no se puede presumir. No es una exigente cuya ausencia sólo deba probarse a partir de la aportación de indicios de su concurrencia, sino un hecho del que depende la imposición de la pena: es un requisito de la pena, tanto, por ejemplo, como que el sujeto individual agente sea administrador en el primer criterio de imputación<sup>26</sup>.

6. A partir de la reflexión anterior acerca de algunos de los principios en los que debe desenvolverse toda exigencia de responsabilidad penal, también la de la persona jurídica, merece crítica el modelo que concibe ésta de un modo vicarial y al que se adhiere la Circular de la Fiscalía 1/2011: “En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurren las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido”<sup>27</sup>.

Esta adhesión no deja de causar cierta sorpresa. En primer lugar, porque el Ministerio Fiscal, que “tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley” (art. 124.1 CE), debería ser especialmente cauteloso en la no promoción de interpretaciones que planteen dudas de constitucionalidad. En todo caso parece que por razones funcionales y axiológicas debería apostar, en caso de duda entre dos interpretaciones, por la más acorde con los valores constitucionales<sup>28</sup>. Y ya se ha expuesto el porqué de esta debilidad constitucional de la comprensión de la imputación como imputación vicarial<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Creo que no debe confundirse la dificultad que supone la prueba de un hecho fundamentalmente negativo —que no se controló—, con su falta de necesidad y con la presunción de su ausencia. Repárese en todo caso en que la prueba de lo que se hace en la empresa indica lo que no se hace y que el propio resultado —el delito individual desde la empresa y a su favor— es también un indicio de falta de control.

<sup>27</sup> Capítulo VII, segunda.

<sup>28</sup> A favor de esta última afirmación, Nieto Martín, “La responsabilidad penal...”, cit. n. 18, p. 118.

<sup>29</sup> Aunque considera que infringe el principio de responsabilidad por el hecho propio, Díez Ripollés considera también que el legislador “ha optado por el sistema de imputación societaria basado en el modelo de transferencia de responsabilidad” (op. cit. n. 14, p. 14). De acuerdo con ello también Robles Planas (op. cit. n. 8, punto III.1).

Esta crítica es más incisiva, en segundo lugar, si se tiene en cuenta que los fragmentarios datos normativos parecen apuntar a una responsabilidad penal de la persona jurídica por defecto de organización. ¿Qué es sino “defecto de organización” la falta de debido y circunstanciado control a la que alude el artículo 31 bis. 1 CP? ¿Qué son sino correcta organización “penal” las “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que [...] pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica? ¿Cómo puede aplicarse en un sistema de “transferencia” el art. 66.1.6.<sup>a</sup> CP (aplicable a la persona jurídica *ex art.* 66 bis CP), que exige que se valore en la pena imponible a la persona jurídica “las circunstancias personales del delincuente”?<sup>30</sup>

7. Retomo el hilo donde lo dejé algunos párrafos atrás. El debido control es el modo de organización de la empresa para que sus administradores y empleados no delinca a su favor. Con debido control no podemos hacer responder penalmente a la empresa por el delito de uno de sus administradores. Este debido control es imposible si el que delinque es administrador único: no cabe apreciar que organice el que precisamente desorganiza.

### III. EL DEBIDO CONTROL COMO DILIGENCIA

8. El debido control de la persona jurídica de cara a la inocuidad de su actividad —o, al menos, pues de control “penal” hablamos, de cara a la ausencia de grave lesividad— no parece que pueda ser algo muy diferente a lo que es el

---

<sup>30</sup> El informe del Consejo General del Poder Judicial parecía optar por un sistema de imputación basado en el defecto de organización de la persona jurídica: “La imputación del hecho a la persona jurídica se fundamenta, entonces, en una estructura defectuosa de funcionamiento, construida, por ejemplo, sobre normas estatutarias o reglamentarias internas que dan soporte a conductas o prácticas ilícitas, o sobre mecanismos contables o de otra naturaleza que permiten camuflar los hechos ilícitos, o bien, en suma, sobre procesos organizativos internos que permiten minimizar el riesgo de detección de las infracciones o de que sean sancionadas. Según esto, la conducta de las personas jurídicas está sometida a procedimientos operativos estandarizados (*Standard Operating Procedures*), es decir a procedimientos normalizados de trabajo y de toma de decisiones, y la culpabilidad de la persona jurídica se basa, precisamente, en la existencia de prácticas y procedimientos inadecuados por ser ajenos a los estándares de actuación para prevenir la comisión de delitos” (“Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal”, 26/2/2009, p. 10).

debido control del individuo, que es un control sobre su cuerpo, sobre sus actitudes. Un debido control que consiste, por ejemplo, en no conducir a velocidad excesiva; en mirar en el campo de golf que no hay nadie en la dirección que se golpea la bola; en que la enfermera desinfecte el bisturí que suministra al cirujano en una operación quirúrgica.

Con la persona jurídica, con la empresa, la cuestión de la prudencia —del control, de mantenerse en el riesgo permitido— es similar, salvo en la complejidad orgánica: se trata de organizarse para que en su actuación no se produzcan daños delictivos en su favor; para que no se cometan delitos.

9. Interesa destacar en este punto que, como sucede con las personas físicas, ni se trata de controlar absolutamente, sino razonablemente —diligentemente—, y que el debido control no se dirige a evitar todo riesgo, sino a evitar los riesgos no permitidos y a que los permitidos no rebasen el límite de lo tolerable. Repárese en que las empresas generan riesgos en el marco de una actividad que reporta grandes bienes a la sociedad, y que la manera más radical de inocuidad es la de no producir: no conducir vehículos de motor, no construir edificios, no fabricar medicamentos.

Respecto a cada delito que pueda emanar de la empresa habrá que fijar esa frontera del riesgo permitido, y también habrá de fijarse cuál es el control que exigimos a la empresa respecto a cada delito, que obviamente no puede ser ni abandonar cursos productivos lícitos ni que los administradores se sitúen detrás de cada empleado diciéndoles lo que pueden y no pueden hacer. Frente a alguna tendencia a objetivar la responsabilidad penal, merece la pena subrayar que de lo que se trata por de pronto es de imputar a la persona jurídica el delito individual<sup>31</sup> y que ello no es posible si la misma actuó de modo diligente, en el ámbito del riesgo permitido.

10. Como ha ido sucediendo con los delitos individuales, el estándar de la diligencia debida, la frontera de la prudencia referida al control de los comportamientos de administradores y empleados, se irá conformando:

- bien a través de normas administrativas, como ya sucede, por ejemplo, en materia de medio ambiente, o de blanqueo de capitales, o de seguridad de los trabajadores;

---

<sup>31</sup> V. al respecto, Feijoo Sánchez, *op. cit.* n. 9, p. 103.

- bien a través de estándares establecidos por las empresas responsables del sector —una especie de *lex artis* empresarial—<sup>32</sup>,
- bien a través de la directriz abstracta de cómo debería organizarse una empresa media cuidadosa del sector de actividad de la enjuiciada.

En relación con ello, con el estándar del cuidado debido, me parece importante subrayar algunas cosas. La primera, y discúlpeame la insistencia, es que no se puede sancionar a la empresa de un modo objetivo a partir del delito en su favor del empleado. Sólo se la puede sancionar si estaba mal organizada al respecto. Tal cosa no sucederá desde luego en el caso del empleado malicioso: si la empresa estaba bien organizada pero el empleado burló los sistemas de control. Pero tampoco sucederá, a mi juicio, y esto es más discutible, en el caso del vigilante perezoso: si la empresa estaba bien organizada, tenía un sistema adecuado de prevención de delitos que fue eventualmente mal aplicado<sup>33</sup>. Es de alabar al respecto la percepción de la Fiscalía General: “La mera ejecución defectuosa del control debido por parte, por ejemplo, de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto”<sup>34</sup>.

Un tercer dato que me parece importante es el de que sólo cabe la imputación cuando la falta de debido control es grave. Repárese al respecto en que lo que se imputa a la empresa es un delito, y no una falta, y además un delito grave —así lo señala el propio Código Penal cuando le asigna una pena grave—, y en que el criterio del Código es que la imprudencia leve, incluso si ocasiona la muerte de una persona, no puede dar lugar a un delito, sino sólo a una falta. El silogismo sería: teniendo en cuenta que para el Código delito imprudente equivale a imprudencia grave, si la actuación imprudente de la persona jurídica se le califica como delito es porque se presupone que esa imprudencia ha de ser

---

<sup>32</sup> Al respecto, Nieto Martín, “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el Derecho Penal de la empresa”, en *Política Criminal*, 5, 2008, punto 3; Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 176.

<sup>33</sup> Así, Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 179; Feijoo Sánchez, op. cit. n. 9, p. 103.

<sup>34</sup> Circular 1/2011, III.3.

grave. Esto significa, en fin, que para que se cometa un delito no basta con que la persona jurídica esté mal organizada. Hace falta que sea un defecto grave de organización<sup>35</sup>.

Es más: como la falta de debido control será normalmente imprudente, pero puede ser también dolosa<sup>36</sup> —piénsese en la tolerancia dolosa con el delito del subordinado—, y como existe un único marco penal para el comportamiento doloso y el gravemente imprudente de la empresa, la pena por una desorganización gravemente imprudente que ha ocasionado el delito de un subordinado no podrá mirar a la parte alta del marco penal —que deberá quedar reservada para el dolo empresarial— sino a la parte baja del mismo<sup>37</sup>.

#### IV. DEBIDO CONTROL Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

10. Las personas jurídicas son colectivos de personas organizadas de un determinado modo. Se trata de organismos complejos y jerarquizados con un nítido poder de dirección. A tales organismos se les atribuye ahora un deber reforzado de evitación de ciertas irregularidades graves. Se les atribuye un deber penal de evitación de delitos, de modo que, valga el juego de palabras, constituye un delito la posibilidad del delito.

¿Cómo se previenen los delitos? A responder a esta cuestión es a lo que se dedica fundamentalmente el Derecho Penal y la reflexión acerca del mismo. Al

---

<sup>35</sup> V. Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 180; Alonso Gallo, op. cit. n. 4, p. 157; Feijoo Sánchez, op. cit. n. 9, p. 104.

<sup>36</sup> De la Mata Barranco, Bilbao Lorente y Algorta Borda interpretan *ex art.* 12 CP que sólo cabe la sanción a la persona jurídica por su comportamiento doloso (op. cit. n. 24, pp. 7 y s.; de acuerdo con la interpretación, Díez Ripollés, op. cit. n. 14, p. 22). Ortiz de Urbina Gimeno interpreta que esto sólo es así en relación con los delitos de sus directivos, pero no en relación con los delitos de los empleados, pues “la referencia a la omisión del debido control incluida en el art. 31 bis 1, párrafo II puede considerarse suficiente a la hora de establecer la posibilidad de comisión imprudente” (op. cit. n. 14, p. 124). Discrepa de esta interpretación, Díez Ripollés, op. cit. n. 14, p. 18. En todo caso, si tiene razón Ortiz de Urbina, la tiene para ambos modos de imputación si se entiende que la cláusula expresa en el segundo se encuentra implícita en el primero.

<sup>37</sup> V. al respecto Dopico Gómez-Aller, “Memento Reforma Penal...”, cit. n. 3, n. m. 180.

fin y al cabo, dicho con un lugar común, el Derecho Penal no es sino un mecanismo de *control social*.

A. Lo primero que hace el ordenamiento penal es dictar normas que especifiquen a qué se dirige tal control: que indiquen qué se puede hacer y qué se ha de hacer, y qué no se puede hacer u omitir bajo amenaza de pena. Tales normas han de emanar del poder legítimo, han de ser claras, han de ser comunicadas a sus destinatarios y son vinculantes para los órganos que las aplican. Son las exigencias que comprendemos usualmente bajo el principio de legalidad.

B. No se trata sin más de normas éticas o de meras proclamaciones axiológicas. Se trata de imperativos. De normas que tratan de imponerse y que para ello requieren de un sistema sancionador. El sistema sancionador efectivamente aplicado disuade al potencial infractor y confirma en su opción al destinatario que se adhiere a la norma. El sistema necesitará así de sanciones y de mecanismos destinados a detectar las infracciones.

C. Nuestro sistema penal opera a través de legisladores, jueces y policías. Todo lo anterior exige instituciones que dicten normas y las apliquen. Un sistema sancionador requiere de instituciones que generen las normas, que vigilen su observancia, que sancionen su incumplimiento.

Lo anterior define en realidad un programa de cumplimiento: una serie de estrategias normativas, aplicativas e institucionales dirigidas a evitar que en el ejercicio de la actividad social se cometan delitos a favor de la empresa<sup>38</sup>. Es un programa de control social. Es un programa de debido control. Su objeto es, en efecto, el delito, pero lo es también necesariamente toda irregularidad grave<sup>39</sup>. No ya sólo porque es muy difusa la frontera de lo delictivo, sobre todo en las infracciones socioeconómicas, sino porque las medidas de detección y control

---

<sup>38</sup> Nada distinto a los programas que ya existían para responder a otras exigencias de cumplimiento legal. Así, el Real Decreto 217/1998, de 15 de febrero, de régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, señalaba en su artículo 28.1 (“Función de cumplimiento normativo”): “Las entidades que prestan servicios de inversión deberán establecer, aplicar y mantener medidas y procedimientos adecuados para detectar cualquier riesgo de incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones impuestas por las normas que resulten de aplicación, así como los riesgos asociados, y para minimizar dichos riesgos y permitir que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ejerza sus facultades de manera efectiva”. Un segundo ejemplo es el de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo.

<sup>39</sup> V. al respecto Alonso Gallo, op. cit. n. 4, p. 151.

lo son por su propia naturaleza de toda conducta que sobrepase lo permitido: el control de alcoholemia previene el homicidio imprudente a la vez que la infracción administrativa consistente en la conducción con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro.

### **1. Sistema de normas**

11. Un programa de cumplimiento es, en primer lugar, un sistema de normas. Sistema es bastante más que conjunto y alude, entre otras cosas, a una cúspide, a una norma fundamental, que en nuestro caso ha de ser un código ético o código de conducta<sup>40</sup>. En lo que ahora nos importa tal código ha de incluir las normas de conducta cuya infracción constituye uno de los delitos individuales que puede dar lugar a la responsabilidad penal de la empresa. Y ha de expresar su carácter vinculante para todos los empleados de la empresa y para los directivos, primero. Perdón, segundo: porque a los primeros que ha de vincular es a los propios administradores.

En algunos casos las normas de conducta del código ético serán suficientemente expresivas de una frontera nítida de lo que no se puede hacer en supuesto provecho de la empresa. En buena parte de los casos tales normas requerirán de un desarrollo que especifique tal frontera en función de los distintos procesos y actividades de la empresa.

12. El sentido de estos protocolos no es el de dibujar un estándar acomodaticio que exonere a las empresas de su responsabilidad de control por lo poco que había que controlar. No se trata de que encomendar las ovejas al lobo; de decirle a la empresa: “controla que no se cometan delitos, pero define antes tú qué es delito y qué es control”. La labor de estos protocolos debe entenderse como una tarea de colaboración con el legislador penal, transfiriendo al interior de la empresa estándares de cuidado públicos, para hacerlos más accesibles y para reforzar su carácter vinculante. Allí donde tales estándares no existan deberán asentarlos inicialmente las empresas bajo la atenta mirada de los fiscales y de los jueces.

---

<sup>40</sup> Al respecto, en profundidad, Nieto Martín, “La responsabilidad penal...”, cit. n. 18, pp. 240 y ss.



No se trata de una autorregulación interesada, sino de una colaboración con los poderes penales del Estado que refleja el sentido último de todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se exige a la empresa que colabore con la prevención de determinados delitos —los cometidos mediante la empresa y a favor de la empresa— y se convierte esa exigencia policial en una exigencia penal, que es la que determina el injusto propio de la empresa, bien diferente del injusto individual<sup>41</sup>.

13. Tres precisiones más acerca de estos protocolos de prevención delictiva. La primera es que no deben incluir sólo normas de conducta para empleados, directivos y administradores, sino también normas de control de dichas conductas. En tal sentido son protocolos de control en el más amplio sentido de la palabra, que expresan qué se controla y cómo se controla.

Así, por ejemplo, en materia de prevención de la corrupción pública y privada no se trata sólo de determinar qué actos de cortesía, atención y promoción son lícitos, sino con qué medidas se va a controlar que la actividad comercial se enmarca en ese límite. Un buen protocolo anticorrupción deberá incluir, por ejemplo, medidas formativas, de limitación de pago en efectivo, de control de pago, de control de contratación o de control de intermediarios.

La segunda precisión hace referencia a algo que ya se ha avanzado. Habrá protocolos que serán meramente traslativos o especificativos de una regulación pública. Piénsese en el blanqueo de capitales, el abuso de información privilegiada o la inseguridad en el trabajo —delito que, sorprendentemente, no genera responsabilidad penal para las personas jurídicas<sup>42</sup>, aunque sí puede acarrear para las mismas medidas accesorias de entidad similar—. Y habrá otros protocolos que sean, en sentido opuesto, “de desarrollo”. Ejemplos de los mismos serían los protocolos anticorrupción, los protocolos de protección de la intimidad y de utilización de medios telemáticos, o los protocolos de prevención del fraude fiscal.

Esta labor normativa y de control, en fin, no tiene una vocación holística. No se trata de prever todos los riesgos penales pensables para una empresa. Se

---

<sup>41</sup> Como afirma Alonso Gallo, no se trata de “sustituir la regulación estatal por una autorregulación de las empresas, sino todo lo contrario, adoptar mecanismos que garanticen en la medida de lo posible que se cumple con la normativa estatal [...]”. Aquí no se trata, obviamente, de sustituir al Estado, sino de aplicar lo que éste establece” (op. cit. n. 4, 150).

<sup>42</sup> En este sentido, Bacigalupo Saggese, op. cit. n. 7, punto II.b; Mestre Delgado, “Un nuevo deber de garante”, en *La Ley Penal*, 87, 2011, p. 4.

trata de precaver “sus” riesgos. Dependiendo de su actividad, tamaño y estructura podrá albergar un tipo u otro de conductas dañosas. Tanto para esta labor normativa como para la previsión de instrumentos de control, la primera labor de la empresa será detectar los ámbitos de riesgo penal y, dentro de ellos, las actuaciones que podrían incurrir en irregularidades graves. A este tipo de tarea se le suele denominar como de análisis de riesgos y puede conformar sus resultados en forma de mapa de riesgos.

## 2. Vigencia de la norma

14. Si las normas no quieren quedarse en un brindis al sol y si el programa de cumplimiento no quiere quedarse en un programa meramente cosmético, habrá de incorporar estrategias dirigidas a asegurar la vigencia de la norma. No evitará la responsabilidad penal de la empresa “cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas *compliance guide*”<sup>43</sup>.

La vigencia de la norma se consigue, como bien sabemos los penalistas, detectando sus incumplimientos y sancionándolos en un porcentaje razonable. El traslado de estos objetivos al programa de cumplimiento supondrá, por de pronto, la instauración de sistemas específicos de control —entre los que destacarán los formativos e informativos— y, además, en general, la implantación de un cauce suficiente de denuncias y de un protocolo de investigaciones internas. El primero deberá estar atento a la facilitación de la denuncia mediante la accesibilidad de los cauces y la garantía de anonimato o confidencialidad para el denunciante de buena fe<sup>44</sup>. El gran reto del segundo será el de toda instrucción:

---

<sup>43</sup> Circular FGE 1/2011, III.2.

<sup>44</sup> La Agencia Española de Protección de Datos considera que “debería partirse del establecimiento de procedimientos que garanticen el tratamiento confidencial de las denuncias presentadas a través de los sistemas de ‘whistleblowing’, de forma que se evite la existencia de denuncias anónimas, garantizándose así la exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas. La garantía de la confidencialidad debería manifestarse a través del hecho de que la persona denunciada no pudiera acceder a los datos identificativos de la persona denunciante”. Más tajantemente, concluye “deberá exigirse que el sistema únicamente acepte la inclusión de denuncias en que aparezca identificado el denunciante, sin perjuicio de las salvaguardias que se han señalado para garantizar la confidencialidad de sus datos de carácter personal, no bastando el establecimiento de un primer filtro de confidencialidad y una posible alegación última del anonimato para el funcionamiento del sistema”

procurar la eficacia de la investigación sin desmedro de las garantías de defensa<sup>45</sup>. Para ambos objetivos puede suponer una ventaja que la investigación se

---

(Consulta “Creación de sistemas de denuncias internas en las empresas —mecanismos de ‘whistleblowing’—”, punto V, año 2007).

En cambio el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas recomienda “establecer y supervisar un mecanismo que permita a los empleados comunicar, de forma confidencial y, si se considera apropiado, anónima las irregularidades de especial trascendencia, especialmente financieras y contables, que adviertan en el seno de la empresa” (50.1.d). El Código afirma expresamente que parte de que “tales mecanismos respetarán escrupulosamente las limitaciones establecidas en la LO 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal”.

<sup>45</sup> Está aún pendiente una reflexión seria acerca de en qué medida deber regir las refinadas garantías sustantivas y procesales del derecho sancionador a las sanciones privadas. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha afirmado en general esta aplicabilidad —por ejemplo: “todo derecho sancionador participa de la naturaleza y caracteres del Derecho punitivo, por lo que debe ajustarse a los principios de legalidad y tipicidad, ya que no es posible entender que una sanción pueda ser consecuencia de una actuación que no se encuentra precisamente tipificada o de la infracción de un deber desconocido, ya que en tal caso se cercenaría en gran manera el derecho de defensa” (SSTS 580/2003, FD 2; 883/2011, FD 3)—. Sin embargo, como sucede con las garantías respecto a las penas y respecto a las infracciones administrativas (v. supra punto 4), la menor incisividad de las sanciones privadas y los costes propios de las garantías hacen que las mismas puedan quedar seriamente modalizadas: que pueda ser menor su contenido mínimo constitucional. El Tribunal Constitucional ha afirmado que desde la perspectiva de las garantías constitucionales no son sanciones los despidos (SSTC 66/1983, FJ 5; 69/1983, FJ 4; ATC 555/1986, FJ 3, STC 190/1988, FJ 2); el art. 25.1 CE “no puede extenderse a aquellas sanciones que en virtud del ordenamiento privado puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello” (STC 69/1983, FJ 4).

Como afirma Gómez Pomar, las garantías de los artículos 24 y 25 CE “nacen asociadas a la imposición, por el poder público, de sanciones muy costosas en términos personales y sociales (privación de libertad, castigo corporal, incluso la muerte en muchos países). Cuanto más costosa socialmente es una sanción, más trascendencia tiene la verdad material de los hechos realmente acaecidos. Por ello, más sentido poseen las garantías procedimentales que tratan de reducir el coste del error en la imposición de sanciones. Además, las sanciones más elevadas se imponen de ordinario a las conductas socialmente más dañinas, esto es, aquellas respecto de las cuales la prevención es comparativamente más trascendente. Y en estos casos, son decisivas tanto las garantías procedimentales, que reducen el riesgo de error y mejoran la prevención, como las exigencias orientadas al conocimiento general *ex ante* de las infracciones y sanciones, en el sentido de la venerable regla del *nulla pena sine lege*. Las sanciones que imponen las organizaciones privadas (represión, suspensión de derechos asociativos, expulsión como castigo más severo) son mucho menos costosas, en su imposición y en su ejecución posterior, tanto en términos sociales como reputacionales, para el individuo afectado”. Por ello, “una traslación in-

encargue a abogados externos, opción que podrá comportar además un ahorro de tensiones internas y, en su caso, una oferta viable a la Fiscalía para que renuncie a su propia indagación.

15. Detectado un incumplimiento, deberá ser adecuadamente sancionado. Posiblemente la sanción más dura posible no sea el despido, sino la denuncia a la Administración de Justicia. ¿Debe denunciar la empresa?

Desde luego no está penalmente obligada<sup>46</sup> y su obligación procesal no pasa de simbólica. Además tiene derecho a no hacerlo si tal denuncia supone una autoincriminación: si revela que el control que se ejercitaba no era el debido. En cualquier caso me parece que una jurisprudencia inteligente debería huir de la identificación entre el delito individual a favor de la empresa y el delito de empresa. Por razones de principio ante todo, pero también porque esta práctica va a terminar de disuadir la ya difícil denuncia empresarial y porque la denuncia lo que puede precisamente revelar es el ejercicio de un debido control por parte de la empresa.

La generalización de los sistemas de cumplimiento penal va a depender en buena parte de que la administración de justicia penal haga las cosas bien, conforme a la voluntad del legislador democrático. Hacer las cosas bien es penar a las empresas que las hacen mal: que no controlan la comisión de delitos a su favor o que lo hace de un modo aparente. Pero hacer las cosas bien es también no imputar, acusar o condenar a las empresas que están bien organizadas para la prevención del delito de empresa. La punición objetiva en estos casos es, amén de inconstitucional, un nocivo mensaje a las empresas acerca de la inutilidad de su inversión en prevención penal.

---

condicionada o sin matices de las garantías de publicidad y procedimentales del ámbito penal, o incluso del administrativo sancionador, al de las sanciones privadas me parece, sin duda alguna, injustificada e indeseable. La adaptación debe ser mesurada y, en términos globales, muy contenida, con detallada consideración de las notabilísimas diferencias (en cuanto a principios jurídicos subyacentes, a dimensión social de las conductas, a relevancia práctica de las alternativas) que hay entre unos y otros instrumentos de sanción de comportamientos” (“El coste de educar: expulsar a un alumno no es gratis”, en *Indret* 2/2004, pp. 6 y 7).

<sup>46</sup> Al respecto, Dopico Gómez-Aller, “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* y otros garantes en la empresa”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 843/2012, punto 3.a.

### 3. *Institucionalización*

16. En una empresa bien organizada debe existir un buen sistema de delegaciones que parta del consejo de administración y que, en lo que ahora importa, establezca claras responsabilidades de control de las conductas para evitar su carácter delictivo y, permítaseme el juego de palabras, de control del control de tales conductas<sup>47</sup>. Esto es lo fundamental para que el control penal sea debido y circunstanciado.

Un buen refuerzo de este sistema y una muestra principal de una cultura preventiva es la generación de un órgano de prevención penal que se encargue de la coordinación de los responsables de prevención, de su asesoramiento y de la supervisión de sus tareas<sup>48</sup>. Un comité de cumplimiento, o de prevención, o de ética, que tenga un rango elevado y que sea funcionalmente independiente exterioriza el afán preventivo de la persona jurídica —y en todo caso su total intolerancia con el delito— y garantiza la funcionalidad, la trazabilidad y el *aggiornamento* del sistema. Podría centralizar las funciones normativa, de difusión de la normativa, de impulso de la formación preventiva, de análisis de riesgos penales, de documentación del sistema, de recepción de denuncias y de impulso de la investigación. No se trata con ello de añadir un nuevo grupo de garantes en la empresa, sino, por una parte, de coordinar la labor de los que ya lo son por desempeñar delegadamente labores de control de la empresa como fuente de peligro, y, por otra parte, de impulsar otro tipo de funciones de control y de vigilancia que no lo son de garantía en términos penales<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Sobre la relevancia de la delegación en materia de atribución de responsabilidades penales, v. Lascurain Sánchez, “Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía”, Madrid (Civitas), 2002, pp. 114 y ss.).

<sup>48</sup> En el ordenamiento italiano, si “*il compito di vigilare sul funzionamento e l’osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento e’ stato affidato a un organismo dell’ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo*” la persona jurídica no responderá de los delitos de los administradores (en general, de los “*soggetti in posizione apicale*”) (art. 6.1.b Decreto Legislativo 231/2001).

<sup>49</sup> Sobre la posible posición de garantía de los miembros de los comités de prevención, v. profunda y diferenciadamente, Dopico Gómez-Aller, “Presupuestos...”, cit. n. 46, *passim*; y en “Memento Penal Económico y de la Empresa 2011-2012”, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, nn. mm. 546 y ss. También, Bacigalupo Zapater, op. cit. n. 9, pp. 103 y ss.; Thomas Rotsch, “Criminal compliance”, en *Indret*, 1/2012, pp. 4 y s.

## V. EPÍLOGO

18. Concluyo por donde comencé, que es con el delito de corrupción cometido por un comercial de una fábrica de refrescos.

A. Puede ser que esta empresa hiciera caso a su jefe de asesoría jurídica: “nunca se va penar de verdad a una empresa como la nuestra”; o bien, “si hay un delito a nuestro favor, no nos libra nadie, así que ahorrémonos los esfuerzos y los costes de un programa de cumplimiento penal”. Burbuja, S. A., no promovía la corrupción pero o bien hacía vista gorda si le favorecía o bien no se tomaba en serio su probabilidad. Por ello Burbuja sufrirá una imputación, una acusación y una condena. Y ya procurará Citrux que este descrédito no quede en familia, sino que se traslade a los consumidores.

B. Burbuja se asustó un poco en diciembre de 2010 y decidió “adquirir” un programa de *compliance*. Dicho programa incluía la reforma del código ético de la compañía en el sentido de incluir una proclama anticorrupción. Y vamos a suponer que incluso incluía un detallado protocolo anticorrupción. Pero sucede que al juez de instrucción le sucedió lo que dicen que le sucedió al investigador público del caso Enron: que se encontró el programa de cumplimiento sin abrir, envuelto en su plástico original.

Burbuja sufrirá una imputación, una acusación y una condena. Y ya procurará Citrux que este descrédito no quede en familia, sino que se traslade a los consumidores.

C. Burbuja se tomó en serio el art. 31 bis. 1 CP y para ejercitar el control debido instauró un programa de cumplimiento que incluía un programa anticorrupción y la instauración de un comité de prevención. Fue la propia empresa la que a través de sus controles de pago descubrió la invitación y la que denunció la conducta de Alberto a la Fiscalía. O no hizo tal cosa pero, ante la apertura de la instrucción, acudió al juez y le informó de su debido y circunstanciado programa anticorrupción (formación, controles de pago, investigaciones internas realizadas, sanciones aplicadas hasta el momento). Si Alberto pudo intentar corromper a Javier fue porque eludió torticeramente tales controles: encubrió el coste del viaje como un patrocinio inexistente de un equipo juvenil de fútbol y solicitó las entradas a nombre de cinco distribuidores diferentes.

Burbuja, S. A., no resultó penalmente imputada.



# Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales\*

**KLAUS MOOSMAYER**

*Abogado, Chief Counsel Compliance, Siemens AG.*

Las investigaciones internas de comportamientos irregulares de empleados y directivos se han convertido en los últimos años, por sus numerosos problemas jurídicos en un tema polémico, con partidarios y detractores dentro del gremio de los abogados y de los profesionales especializados en esta materia. Sus detractores advierten que supone una privatización de las investigaciones que deben realizar los fiscales, que amenaza incluso con poner en peligro las garantías del Estado de Derecho<sup>1</sup>. En este contexto se ha lanzado la provocadora pregunta de si con todo ello en realidad no se está produciendo una primacía de la *compliance* sobre el derecho<sup>2</sup>. Por el contrario, la Comisión de derecho penal del Consejo Federal de la Abogacía mantiene que se trata de un ámbito de actividad propio de los abogados especialistas en derecho penal y ha publicado una serie de criterios para que sean realizadas de manera conforme con la ética profesional<sup>3</sup>. Para los expertos en *compliance* resulta igualmente claro que las investigaciones internas representan una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento efectivo, que además de las medidas de prevención debe investigar y sancionar los comportamientos irregulares<sup>4</sup>.

En cualquier caso, debe estarse de acuerdo con los críticos, que las investigaciones internas solo aportan más beneficios que daños, cuando se realizan

---

\* Texto procedente de Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck München, 2012 (pp. 1-6). Trad. Adán Nieto Martín. UCLM.

<sup>1</sup> Cfr. por ejemplo, Volk, *Handelsblatt* de 5.7.2011 y Wastl, *Zwischenruf: Privatisierung staatlicher Ermittlungen*, ZRP 2011, p. 57

<sup>2</sup> Hamm, *Compliance vor Recht?* NJW, 2010, 1332.

<sup>3</sup> BRAK-Stellungnahme-Nr. 35/2010. En praxis de la abogacía las cuestiones que plantean las investigaciones internas desempeñan un papel muy importante, vid. al respecto Klenge/Mückenberger, *Internal Investigation-typische Rechts- und Praxisprobleme unternehmensinterner Ermittlungen*, CCZ 2009, 81.

<sup>4</sup> Cfr. Moosmayer, *Compliance*, 2 Aufl., 2012, p. 1 ss. y 95 ss.; Pieth, *Anti-Korruptions-Compliance-Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2011.



por expertos, respetando el marco legal. Dicho de manera breve y a modo de slogan: las investigaciones internas deben ser justas, eficientes y profesionales. El número y la complejidad de los problemas jurídicos que plantea su preparación, ejecución y conclusión son más que relevantes. En este contexto polémico las siguientes líneas pretenden únicamente plantear alguno de los problemas principales.

Los problemas comienzan con una pregunta central, la relativa a la determinación de las obligaciones de la dirección de la empresa, cuándo tiene lugar la denuncia de un comportamiento irregular de un empleado. En nuestra opinión la respuesta es clara. El § 130 de la Ley de Contravenciones impone a los propietarios de la empresa establecer medidas de control con el fin de que no se infrinjan las disposiciones que les obligan y que pueden dar lugar a la imposición de sanciones penales o administrativa. De este precepto se deriva con claridad la obligación de la dirección de la empresa de investigar las denuncias.

La intensidad de la investigación y los recursos que se inviertan en la misma depende, sin embargo, del caso concreto. En este sentido, debe tenerse en cuenta tanto la estructura de la empresa, las cosas son bien distintas en el caso de una pequeña empresa que en el de un grupo internacional. E igualmente resulta importante el ordenamiento jurídico del país en el que debe realizarse la investigación, que debe tenerse bien presente para las investigaciones de comportamientos que han tenido lugar en el extranjero o en la adquisición de elementos probatorios. Esta influencia requiere normalmente involucrar a expertos nacionales en la investigación<sup>5</sup>.

Igualmente al comienzo de cada investigación interna deben analizarse las relaciones presentes o futuras con las autoridades estatales competentes para la investigación<sup>6</sup>. Resulta fundamental respetar la prioridad de las investigaciones públicas, so pena de que se reproche a la investigación interna que ha dificultado la investigación oficial o incluso de que es constitutiva de un delito de obstrucción a la justicia. Todo ello implica la necesidad de llegar a acuerdos con el ministerio fiscal u otras autoridades públicas, sobre todo cuando en la investigación

---

<sup>5</sup> Para más detalles, Hartwig, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, Beck, 2012, p. 11 ss, con ejemplos concretos acerca de la influencia de ordenamientos jurídicos extranjeros en el desarrollo de la investigación.

<sup>6</sup> Gropp-Stadler/Wolfgramm, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, op. cit., p 15 ss.

interna se pretende interrogar a empleados o la obtención de pruebas a través de la selección y recopilación de documentos y datos electrónicos. En cualquier caso, la investigación interna debe suspenderse cuando lo solicita la autoridad pública e incluso, en aquellos casos en los que no existe ninguna investigación oficial, desde el inicio de la investigación interna debe aclararse si existe el deber legal de hacer públicos los resultados de la investigación o bien determinar cuidadosamente cuándo resultará necesaria la intervención de la autoridad pública.

Para aquellas empresas que realizan negocios en los Estados Unidos, tienen establecimientos en este país o cotizan en la bolsa, el derecho norteamericano resulta de gran importancia para muchas de sus actividades y, singularmente, para la realización de investigación relativas a infracciones del sistema de *compliance*. En este punto, y desde hace ya años, en Estados Unidos autoridades y empresas trabajan conjuntamente, lo que se traduce en reducciones considerables de las sanciones con que las empresas podrían ser castigadas<sup>7</sup>. Aunque a decir de algunas voces críticas, esta forma “cooperativa” de investigación parece que no tiene encaje en nuestro sistema jurídico, donde muchos abogados y empresas la consideran un cuerpo extraño al pensamiento jurídico europeo<sup>8</sup>, no deja de resultar llamativo, que en Alemania, prácticamente todas las empresas que tienen algún tipo de problema con las autoridades, inmediatamente hacen pública su intención de “cooperar ilimitadamente”. De este modo, puede aventurarse que cada vez más empresas, a la vista de los riesgos reputacionales y jurídicos, optan por esclarecer y revelar de manera voluntaria los delitos cometidos en su interior. Los ejemplos más recientes de esta forma de proceder han sido valorados además por la opinión pública como muestra de que se dispone de una *compliance* eficaz<sup>9</sup>. Una discusión pendiente, desde el punto de vista político criminal, es determinar qué estímulos, además de los programas de clemencia que existen en el derecho de la competencia, deben dárseles a las empresas para que revelen de manera voluntaria los delitos que hayan podido cometerse en su interior.

---

<sup>7</sup> Instructivo al respecto Wybitul, *Interne Ermittlungen auf Aufforderung von U.S. Behörden-Ein Erfahrungsbericht*, BB 2009, p. 606.

<sup>8</sup> Cfr. Wastl/Litzka/Pusch, *SEC Ermittlungen in Deutschland-eine Umgehung rechtsstaatlicher Mindeststandards!*, NStZ 2009, p. 68.

<sup>9</sup> Vid. sólo *Süddeutsche Zeitung*, 11.6.2011, (“Mirar a dentro y no hacia otro lado”) y *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 11.6.2011 (“Los sobornos salen cada vez más a la luz”)

Las investigaciones internas a diferencia de las investigaciones realizadas por las autoridades públicas no están sujetas al derecho procesal penal, sino al derecho del trabajo, tal como ha establecido en un reciente caso el Tribunal del Land de Hamburgo<sup>10</sup>. De este modo, deben tenerse en cuenta tanto las competencias diversos órganos de la empresa (Consejo de Empresa, Consejo de Vigilancia...), lo que en Alemania se denomina la “constitución de la empresa”, como los aspectos del derecho del trabajo relativos a la obligación de informar y de oír a los empleados en el transcurso de investigaciones internas. Finalmente cuando la investigación interna haya confirmado los hechos entra en escena otro ámbito configurado también por el derecho del trabajo, como es la determinación de la indemnización por los daños causados<sup>11</sup>.

Una problemática especial, en el marco del derecho del trabajo, es la que representan los programas de “amnistía interna”, como los que por ejemplo puso en marcha Siemens en 2007 para la investigación de casos de corrupción y que posteriormente han sido adaptados por otras empresas en el marco de sus investigaciones internas, como consecuencia de su éxito.

A la hora de imponer sanciones disciplinarias a aquellos empleados que hayan resultado responsables de algún tipo de irregularidad tras la investigación interna, resulta necesario contar con un proceso bien regulado, teniendo en cuenta la posible existencia de procedimientos posteriores ante los tribunales del orden laboral. Por esta razón, resulta recomendable que exista un comité disciplinario que realice su labor conforme a reglas y principios previamente establecidos<sup>12</sup>. Contar con una regulación interna de la política disciplinaria aumenta, de acuerdo con mi experiencia, la confianza de toda la plantilla en el carácter justo del procedimiento.

Conjuntamente con el derecho del trabajo, el derecho de protección de datos desempeña también un papel central en la configuración y el desarrollo de investigaciones interna, estableciendo sus límites. Aunque en estos momentos la Ley Federal de Protección de Datos se encuentra en proceso de reforma, no es probable que su contenido en este punto cambie demasiado, tras las presuntas violaciones a sus disposiciones de Deutsche Bahn, Lidl, Deutsche Bank o recién

---

<sup>10</sup> LG Hamburg NJW 2011, 942 (“HSH Nordbank”).

<sup>11</sup> Sobre los aspectos colectivos e individuales de derecho del trabajo, vid. Weisse, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 41 ss.

<sup>12</sup> Vid. Wauschkuhn, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 67 ss.

temente HSH Nordbank que han tenido lugar precisamente en comprobaciones e investigaciones internas. En este punto, conjuntamente con la configuración de los acuerdos de empresa relativos a investigaciones internas, debe respetarse en el momento de acceder y seleccionar los datos electrónicos la función de los encargados internos de protección de datos y sus requisitos. Resultan especialmente complicado, cuando en el transcurso de una investigación interna deben transferirse datos a países fuera de la UE, como ocurre en las investigaciones transfronterizas o, por ejemplo, en los casos de cooperación con las autoridades de la Estados Unidos<sup>13</sup>.

Más allá de estas cuestiones, relativas al papel de las distintas ramas del ordenamiento jurídico, debe establecerse cuál es el procedimiento que ha de seguirse en las investigaciones internas y cuál es el papel de los que participan en la misma. En este punto, una cuestión esencial y que debe decidirse en primer lugar es la relativa a si la investigación interna debe realizarse con los recursos propios de la empresa o es necesario contar con ayuda externa. Esta cuestión depende, de un lado, de la complejidad y el tamaño de la investigación y, de otro, de la función que desempeña el procedimiento de investigación en el marco del sistema de cumplimiento y de qué sinergias cabe esperar de la investigación en orden a la revisión de las medidas internas de control. Teóricamente una investigación efectiva y eficiente conlleva una mejora esencial y continúa del sistema de cumplimiento de la empresa, que merece la pena implementar en el interior de sus estructuras. Igualmente el *outsourcing* de la investigación interna necesita ser legitimado por la dirección responsable. A este fundamento legitimador le denominamos el “mandato de la investigación”. Antes de su expedición resulta necesario comprobar la plausibilidad y la substancia de la irregularidad o la acusación que ha sido denunciada. De no procederse de esta manera, la investigación interna puede ser desacreditada rápidamente, con el argumento de que se trata de una persecución arbitraria. Resulta igualmente importante, con el fin de generar confianza, hacer transparente el desarrollo del procedimiento de investigación a los empleados a través de su publicación. Por el contrario, es necesario ser muy escrupuloso con el respeto a la presunción de inocencia y reducir al máximo el círculo de personas que están informadas sobre la investigación, en atención al principio “*need to know*”. Cada investigación interna se mueve en una tensión difícil entre transparencia y seguridad del proceso, de un lado, y, de otro,

---

<sup>13</sup> Vid. Thoma, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 81 ss.

una estricta confidencialidad con el fin de proteger a los empleados imputados. Esta tensión sólo puede ser resuelta si se coordinan, fijan y comunican reglas claras<sup>14</sup>.

En las investigaciones internas de grandes dimensiones pueden participar un número relevante de expertos internos y externos, como prestadores de servicios. En concreto este *expertis* resulta especialmente necesario en la recogida y selección de datos, tarea que constituye un reto en caso de investigaciones internacionales, prácticamente inmanejables sin la ayuda de empresas de servicio externas. Al mismo tiempo, sobre la empresa pesa también, en este momento tan delicado, la obligación de salvaguardar sus secretos industriales y comerciales a través de procedimientos adecuados<sup>15</sup>.

Lógicamente, además de estos especialistas, los abogados desempeñan un papel central. Las investigaciones internas son, ante todo, procesos jurídicos. La importancia y la conformación del grupo de expertos dependen de cada investigación. Como representante de la empresa en la investigación puede actuar o bien un abogado interno con los conocimientos necesarios o bien un abogado externo. En cualquier caso debe tenerse en cuenta que, aun cuando se contraten los servicios de un despacho de abogados externo, resulta siempre necesario una instancia interna que actúe como coordinadora, lo que normalmente suele realizarse por juristas propios de la empresa adscritos a su departamento de cumplimiento o al jurídico. Sin contar una “oficina interna” para el proyecto, las investigaciones realizadas por expertos, tienen costes prohibitivos, y no pueden ser realizadas dentro de límites temporales aceptables.

Una actividad adicional para abogados externos es la representación de la empresa frente a autoridades y jueces, tanto en el momento de realizarse la investigación, como después con el fin reducir en la medida de lo posible los riesgos que para la empresa puedan derivarse de los resultados de la investigación. De esta actividad, debe diferenciarse la función de otros abogados externos como representantes de los empleados, que intervienen en la investigación como testigos o como inculpados. Dependiendo de la situación, esta actividad puede realizarse de acuerdo con la empresa, e incluso con su apoyo financiero, o bien

---

<sup>14</sup> Bühner, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 101 ss.

<sup>15</sup> Rabl/Hartwig, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 117 ss.

como representación exclusiva de los intereses particulares de los empleados en conflicto con el interés de la empresa al esclarecimiento de los hechos.

Finalmente, un papel propio es el que desempeña el *Ombudsman*. Los abogados que ocupan los canales de denuncias que las empresas han decidido externalizar, aunque no puede decirse que participe propiamente en la investigación, son quienes están en su origen al haber recogido la denuncia de la irregularidad y haberla puesto en manos de la empresa<sup>16</sup>.

Las investigaciones de prácticas restrictivas de la competencia muestran algunas especialidades. Así, por ejemplo, a diferencia de lo que ocurre en los casos de corrupción o estafa, el equipo de la investigación no puede casi nunca contar con materializar el reproche mediante la revisión de documentos, cuentas o datos electrónicos. Los carteles actuales se desarrollan generalmente fuera de la empresa y de modo “conspirativo”. Por esta razón la “llave” para su esclarecimiento se encuentra en la cooperación voluntaria de empleados, al igual que ocurre en las investigaciones realizadas por autoridades públicas y los denominados programas de clemencia. Esta forma de detección necesita instrumentos especiales como el ofrecimiento de programas de amnistía internos y una gran experiencia a la hora de interrogar a empleados. Desde el punto de vista procesal, la particularidad estriba en que al lado de las autoridades nacionales también intervienen frecuentemente la Comisión Europea, por lo que resultan también necesarios conocimientos especiales en Derecho de la competencia europeo. El TJUE ha negado además en el caso *Akzo Nobel* que el *in haus lawyer* disponga del secreto profesional. Lo que exige que en este tipo de investigaciones normalmente deban contratarse abogados externos, sin perjuicio de que los juristas internos, de asesoría jurídica o de la sección de *compliance*, deban intervenir como coordinadores y enlaces con la dirección de la empresa.

El marco jurídico que debe observarse en las investigaciones internas, la forma en que han de desarrollarse y las funciones de los distintos participantes puede fijarse en un Código de Conducta para el esclarecimiento de hechos, que proporcionase estándares unitarios. Incluso cuando exista una organización interna propia para realizar las investigaciones internas está no ejecutará directamente todo tipo de esclarecimiento. La mayor parte de las acusaciones en una empresa tienen que ver con las relaciones de trabajo, como el *mobbing*, el acoso sexual o

---

<sup>16</sup> Al respecto, Heckenberber, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 139 ss.

la discriminación, casos que normalmente son competencia del departamento de recursos humanos. Además los servicios de auditoría interna o de seguridad también se ocupan del esclarecimiento de hechos, interrogando a empleados y accediendo a datos. Como para la mayoría de los empleados cualquier tipo de investigación interna, sea cual sea su materia, constituye un problema similar, resulta de utilidad un Código de Conducta que abarque estos diversos ámbitos y que prohíba, por ejemplo, en la totalidad de la empresa determinadas técnicas de investigación o exija contar con una autorización expresa para utilizar métodos especialmente incisivos de investigación como la contratación de detectives privados. Un Código de esta naturaleza contribuye notablemente a la aceptación de las investigaciones internas y otras actividades similares, dentro de la empresa<sup>17</sup>.

Aunque no forma parte directa de las investigaciones internas, debemos ocuparnos finalmente de un tema que puede ser consecuencia de las mismas: el nombramiento de un *compliance monitors*. Se trata de una figura que proviene de la praxis norteamericana y que hasta tiempos bien recientes no era conocido en Europa. Tras el nombramiento de esta figura por parte de Siemes AG, lo que recayó en el antiguo Ministro de Finanzas alemán Dr. Theo Waigel, y por Daimler AG, en este caso, Louis Freeh antiguo juez norteamericano, este asunto está siendo objeto de una gran discusión pública en Alemania. Este monitor tiene como función controlar, tras la finalización de la investigación y como consecuencia del acuerdo a que se haya llegado con las autoridades norteamericanas, si en la empresa se están introduciendo correctamente las medidas de cumplimiento provenientes señaladas por los resultados de la investigación. Desde el punto de vista político criminal cabe esperar si, en el marco de una nueva regulación de las sanciones administrativas o penales contra personas jurídicas, el legislador alemán también considerará la introducción de esta medida de “monitorización” de la empresa<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Sobre este tipo de Códigos vid. Burgard, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 157 ss.

<sup>18</sup> Vid. Hartwig, en Moosmayer/Hartwig, *Interne Untersuchungen*, p. 173 ss.

# La certificación de los programas de cumplimiento

**JEAN PIERRE MATUS ACUÑA**

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Chile*

Estas líneas tienen como objetivo, analizar el modelo de certificación de programas de cumplimientos que establece la Ley Chilena sobre responsabilidad penal de personas jurídicas. Para ello, dividiré este trabajo en tres partes, comenzaré con una breve exposición del sistema chileno de certificaciones de modelos de organización y prevención de la comisión de delitos. Luego, expondré el efecto esperado de la obtención de tales certificaciones, particularmente en su aspecto más aparentemente novedoso, como «exención» anticipada de la responsabilidad penal. Finalizaré mi exposición concentrándome en justificar mi previsión de que sólo es esperable un efecto atenuante de la certificación propuesta, dadas las razonables resistencias que ante una exención anticipada de responsabilidad penal existen, con base a las reglas tradicionales de imputación de la responsabilidad y, especialmente, a las ideas del pretexto de la defensa y la causa ilegítima.

## I. EL SISTEMA CHILENO DE CERTIFICACIONES

Como es bien sabido, la Ley N.º 20.393, de diciembre de 2009, introdujo en Chile una regulación específica de la responsabilidad penal de las personas jurídicas derivada de la comisión de un grupo determinado de delitos (lavado de dinero, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios públicos chilenos y extranjeros), adoptando para ello el modelo de la regulación italiana (aunque designándola directamente como responsabilidad penal y no como responsabilidad meramente legal o administrativa, según se prevé en la legislación italiana y se preveía en el proyecto original), y el modelo de regulación propuesto por el Profesor Nieto Martín. En la discusión parlamentaria, las principales modificaciones que tuvo el texto legal se refirieron principalmente al sistema de penas, algunos aspectos procesales y a la flexibilización de la extensa y detallada regulación que se preveía para considerar un modelo de prevención o *compliance program* como suficientemente adecuado a los re-



querimientos de la ley, en relación con los específicos deberes de vigilancia y dirección que allí se establecen.

Como resultado de estas modificaciones, a pesar del limitado ámbito de aplicación actual, el texto vigente contiene un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas en principio aplicable a toda clase de organizaciones y a toda clase de delitos (en la medida que el legislador desee ampliar su alcance), de carácter mixto, que contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los actos de sus directivos y empleados, identificados o no, cometidos directamente en su interés o provecho en su beneficio, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento de los deberes de dirección y supervisión de la persona jurídica.

Estos deberes generales de dirección y supervisión se especifican en la ley, entendiendo que se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir la comisión de delitos como el cometido.

A continuación, la ley, siguiendo el criterio de flexibilización antes mencionado, indica que las personas jurídicas podrán adoptar o no dichos programas, entregando lineamientos para el caso que los adopten, que reflejan el estado del arte de la discusión al momento de discutirse la ley, recogiendo los principales elementos que ya se tenían en cuenta en el Derecho comparado, a saber, la designación de un encargado de prevención con facultades y recursos independientes de la gerencia de la empresa, que da cuenta directamente a la Dirección Superior de la misma, encargado de establecer un sistema de prevención de delitos, que tome en cuenta los riesgos de su comisión en las actividades de la empresa, establezca protocolos y reglas de actuación que permitan minimizarlos, y un sistema de sanciones internas que haga posible su *enforcement* dentro de la misma. En cambio, no se exige el establecimiento de códigos de ética ni la promoción de la ética empresarial, como parte del modelo de prevención.

Si una empresa ha adoptado un modelo de prevención, la ley considera también la posibilidad (no la obligatoriedad) de que decida someterlo a un proceso de “certificación” de la adopción e implementación de su programa de cumplimiento. De obtenerse tales certificados, éstos deberán indicar que el modelo de prevención o programa de cumplimiento “contempla todos los requisitos”

establecidos por la ley, en relación “a la situación, tamaño, giro, nivel de ingresos y complejidad de la persona jurídica”.

La ley establece que dichas certificaciones podrán ser expedidas por las empresas de auditoría externa, clasificadoras de riesgo u otras entidades registradas ante la Superintendencia de Valores y Seguros, el equivalente funcional en Chile de la SEC norteamericana, delegando en dicha entidad la regulación específica de este proceso.

La Superintendencia de Valores y Seguros, en cumplimiento de dicho mandato legal, emitió con fecha 23 de enero de 2011 su norma de carácter general N.º 302, donde se establecen las normas que deben cumplir las empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo y demás entidades para cumplir la labor de certificación de modelos de prevención de delitos. Allí se crea un Registro público de entidades habilitadas para otorgar dichas certificaciones, que sigue básicamente el modelo de los registros de auditores externos y clasificadoras de riesgo ya existentes, con un modelo de incompatibilidades también similar: no podrán certificarse modelos de prevención en cuya adopción e implementación se haya participado como asesor. Se establece una regulación también similar para la reglamentación interna de dichas empresas certificadoras (identificación de los certificadores, normas y procedimientos que se emplean, metodología de evaluación, etc.).

En lo que dice relación específicamente con el certificado propiamente tal, el punto V. de la referida Norma General N.º 302, establece que éste contendrá, aparte de las menciones de rigor relativas a la individualización del mismo, de la empresa certificante y de la que es certificada, la mención de que la persona jurídica evaluada “cuenta con un modelo de prevención de delitos, que éste se encuentra implementado y que dicho modelo contempla todos los requisitos establecidos en la ley” y el “período de vigencia del certificado, en la que en opinión de la entidad certificadora, resulta razonable volver a pronunciarse respecto de la existencia e implementación del modelo de prevención de delitos, para constatar que éste posee en todos sus aspectos significativos los requisitos establecidos en la ley”. Dicho período de vigencia “no podrá ser superior a 2 años”. No está demás hacer presente que es muy probable que los certificadores, en orden a salvar sus propias eventuales responsabilidades, agreguen a estas menciones obligatorias, la de que la certificación se ha realizado de buena fe, teniendo a la vista los antecedentes proporcionados por la

empresa certificada y sin asumir ninguna responsabilidad ulterior por omisiones y falsedades de los mismos.

Es interesante anotar que, hasta la fecha, no aparece en la página Web de la SVS ninguna empresa certificadora registrada, a pesar de que es pública y notaria la oferta que muchas empresas y estudios hacen para elaborar y asesorar en la elaboración de programas y modelos de prevención. Es probable que ello se deba a la regla de incompatibilidad vigente, pero también a la falta de interés del “mercado”, dado el carácter voluntario de dichas certificaciones y, como veremos enseguida, de las incertidumbres acerca de su verdadero “efecto placebo” ante el Ministerio Público y su utilidad judicial, en un mercado como el chileno, donde existen pocas empresas públicas propiamente tales (en el sentido de que sus acciones están distribuidas ampliamente en el público y son de libre compra y venta), y el valor de la reputación empresarial no tiene grandes efectos en la cotización de las acciones que se transan en bolsa.

## II. EL EFECTO DE LAS CERTIFICACIONES (LA DEFENSA DE CUMPLIMIENTO)

La cuestión de fondo que plantea el sistema de certificaciones es la siguiente: ¿hasta qué punto la “adopción e implementación de modelos de prevención” permite eximirse de responsabilidad penal, especialmente cuando ello ha sido previamente “certificado”?

En el sistema norteamericano, basado en la idea de la responsabilidad vicarial, la defensa de *compliance* (basada en la existencia e implementación de un efectivo modelo de prevención de delitos, salvo en el caso que se trate) tiene un efecto claro y delimitado en juicio: permite únicamente la reducción de la pena. Previamente al juicio, la Fiscalía puede tomar en cuenta el cumplimiento para aplicar criterios de oportunidad y llegar a acuerdos. Pero no se acepta la defensa de cumplimiento como una defensa completa, que permita una exención total de la responsabilidad penal. Es más, la Corte Suprema ha establecido que incluso las rebajas previstas en los Lineamientos de Sentencia Federales para los casos de efectiva *compliance* no son obligatorias para los jurados.

En Italia, salvo algún caso excepcional, los tribunales se resisten consistentemente a aceptar que la adopción e implementación de un sistema de

*compliance* permita eximir completamente de responsabilidad penal en el caso concreto, alegando que la comisión de un delito es la prueba de que el modelo de prevención ha fracasado, esto es, que no es idóneo para la prevención de los delitos.

¿De dónde provienen estas incertidumbres y resistencias?

La respuesta quizás se encuentre en las viejas cuestiones de la responsabilidad penal. Y a ello nos abocaremos a continuación.

En efecto, desde Aristóteles se afirma que la prudencia es una virtud y, como tal, un hábito consistente en el constante ejercicio de actos prudentes. La adopción habitual de decisiones prudentes y su materialización hace a un hombre prudente, un buen ciudadano. Por extensión, podría decirse que la adopción e implementación constante de medidas de prevención de delitos por parte de una empresa, la convertiría en una empresa “virtuosa”, en una “buena ciudadana corporativa”. Pero un hombre prudente se puede equivocar y cometer una injusticia, voluntaria o involuntariamente. Y en tal caso, ha de responder por su equivocación. Si así fuera, pocos negarían que la prudente conducta en el pasado pudiese habilitar, eventualmente, para atenuar la responsabilidad penal (así, por ejemplo, en Chile, para las personas naturales, esta atenuante se llama “irreprochable conducta anterior”). Sin embargo, el haber actuado previamente de manera prudente o justa, no exime de la responsabilidad por el acto injusto que se comete después.

Respecto de las personas jurídicas, así parece entenderlo claramente el Derecho norteamericano, al establecerse en los Lineamientos de Sentencia Federales que la adopción de efectivos modelos de prevención, que obviamente fallaron respecto del delito que se juzga, sólo habilita para una atenuación de la responsabilidad (USSG §8B2.1).

Al respecto, podría alegarse que la regulación norteamericana es un efecto de su modelo vicarial de responsabilidad penal de las personas jurídicas y que el resultado de la imputación no sería el mismo si ésta se fundamenta en un presupuesto diferente, la “culpabilidad de la empresa” basada en la idea de “defecto de organización” como equivalente funcional de la culpabilidad del ser humano, como parece ser el fundamento o al menos el complemento de la responsabilidad en los sistemas mixtos como el italiano y el chileno.

Podría suponerse que en este punto se encuentra la diferencia sustancial entre el sistema vicarial y el de la responsabilidad por defecto de organización: el defecto de organización y su antónimo, la buena organización (i.e., la adopción e implementación de modelos de prevención de delitos), jugarían en el sistema basado en el “defecto de organización” como requisitos de imputación, esto es, del “si” de la pena; en cambio, en los sistemas vicariales, sólo tendría un rol limitado al “quantum” de la pena.

Esto es lo que parecería desprenderse de la legislación italiana, donde la adopción efectiva de modelos de prevención permite teóricamente eximirse de la responsabilidad penal si el delito lo comete un subordinado o, en caso de cometerlo un dirigente, lo hace burlando las medidas de prevención (Art. 6.º y 7.º DL 231/01). Sin embargo, ya sabemos que la práctica indica lo contrario: los tribunales rechazan la idea de que pueda existir una suerte de exención de la responsabilidad penal construida ex ante con carácter general y sin atención al delito concreto que se juzga.

Por otra parte, en el sistema chileno, que también parece adoptar la idea de la responsabilidad penal basada en el defecto de organización, derechamente se regula el efecto de la implementación de tales modelos de prevención, pero no en el sentido de eximir la pena, como uno supondría si su ausencia o presencia indicaran el incumplimiento o el cumplimiento de los deberes de dirección y vigilancia de las empresas, respectivamente. En efecto, el Art. 6º de la ley chilena contempla expresamente las mismas dos atenuantes del Derecho federal norteamericano, que derivan de la existencia de un sistema interno efectivo de prevención, a saber: la de haber denunciado previamente al delito, antes de su persecución formal (auto denuncia producto de una investigación interna por parte del encargado de cumplimiento, por ejemplo), y la de haber adoptado “antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación”. Es discutible si la referencia a “antes del comienzo del juicio” como momento para la adopción de un modelo de prevención incluye o no el caso de que éste haya existido “antes de la comisión del delito” y alguien podría alegar que no, pues de haberse adoptado antes de la comisión del delito, la persona jurídica habría cumplido sus deberes de vigilancia y control y, por tanto no podría ser imputable penalmente.

Sin embargo, por una parte faltan casos prácticos donde se haya resuelto jurisprudencialmente esta duda y, por otra, no sería de extrañar, atendidas la ex-

perencia italiana y las razones que veremos más adelante, que ante la disyuntiva entre una atenuación y una exención completa de pena, los tribunales chilenos se decanten por la primera vía.

Pero volvamos ahora a la cuestión que queremos abordar: en estos contextos, ¿qué rol juega una certificación de cumplimiento como la prevista en la Propuesta de Directriz y en el Derecho chileno?

Para el caso de un sistema como el norteamericano o el chileno, en la interpretación que aquí se sostiene, el rol que podría llegar a jugar la certificación de la adopción de programas de prevención de delitos sería el de una acreditación de buen comportamiento previo, una especie de “certificación del actuar prudente”. Por lo tanto, a falta de otras evidencias que contradigan tal comportamiento anterior, servir como prueba de la atenuación prevista en ambas regulaciones.

En cambio, para un sistema de culpabilidad de la empresa, como algunos entienden el modelo italiano y el español, un sistema de certificaciones podría servir para algo más, esto es, para configurar las bases de una eximente construida *ex ante*, una suerte de *Bula papal*. Compartiría con las *Bulas* su carácter de bien de mercado, esto es, susceptible de ser comprada al precio puesto por el vendedor y, al igual que las *Bulas* que garantizaban el acceso al cielo sin necesidad de ser virtuoso en realidad (y, sobre todo, después de adquirida la *Bula* correspondiente), podrían servir para garantizar a una persona jurídica que estará *ex ante* exenta de la responsabilidad por la comisión de un delito en su provecho, por parte de un directivo o un subordinado. Así, la certificación podría servir de prueba para convencer al tribunal de que la empresa *es* un “buen ciudadano corporativo” y, por lo tanto, aunque el delito le beneficie, como la empresa *es* una buena ciudadana, no respondería del mismo, con independencia de que, obviamente, el modelo haya fallado o hubiese sido burlado (otra forma de fallar: no prevenir la burla) en el caso concreto.

Sin embargo, mi impresión es que, en el mediano plazo, sólo será posible esperar de la certificación el efecto que de ella podría esperarse en el sistema norteamericano, esto es, el de una prueba de la buena conducta anterior que sirva de atenuación de la responsabilidad penal.

Y ello, por varias razones, más allá de la práctica real de los tribunales italianos y norteamericanos, que paso a explicar:

### III. DEL POR QUÉ UNA CERTIFICACIÓN DE CUMPLIMIENTO NO PUEDE EXIMIR DE LA PENA ANTICIPADAMENTE, PERO SÍ ATENUARLA

1.º Porque en el derecho continental la idea de que un “buen ciudadano” está exento de penas por el sólo hecho de serlo, no parece acorde con la de un derecho penal de actos (y aún de actos propios de la empresa), tal como hemos dicho antes, donde lo que se juzga en los casos criminales es un hecho concreto y no la vida pasada del acusado;

2.º Porque si se aceptase la tesis del “buen ciudadano corporativo”, también tendría que extenderse a los “buenos ciudadanos” de verdad. Y viceversa: debería pensarse en excluir de la vida en común a los “malos ciudadanos”, siquiera para mantener una cierta coherencia. Sin embargo, dejando de lado la exageración, la verdad es que, en el ámbito corporativo, quizás este sea uno de los efectos reales de la adopción e implementación efectiva de modelos de prevención, debidamente certificados: la habilitación para la actuación de la vida en sociedad (económica), como una suerte de requisito básico para la constitución de sociedades, junto con sus estatutos y demás requisitos. Probablemente, el Estado, las organizaciones internacionales y los bancos y otras grandes corporaciones sólo quieran mantener en el futuro relaciones comerciales con empresas “certificadas”, así como con aquellas con suficiente crédito o solvencia como para respaldar los créditos o contratos que se otorguen o celebren.

3.º Porque el “certificado” de que se ha adoptado e implementado un sistema de prevención de delitos tiene el aroma del “pretexto de la defensa” y de la “causa ilegítima”, conceptos que se traían a cuento en la jurisprudencia antigua para rechazar los alegatos de legítima defensa en caso de provocación del agresor por parte del que se defiende o del mal que se trata de evitar por parte del que alega estado de necesidad. Incluso en casos como el de las antiguas leyes donde se permitían el uxoricidio en flagrante adulterio, a mediados del siglo pasado la Corte Suprema de Colombia declaró que el que se casaba con una novia infiel para poder darle muerte al sorprenderla con su amante tras el matrimonio, no podía recurrir a la eximente, que él mismo se había construido.

Para ponerlo en el caso italiano (y también en el chileno): si se entendiera que bastaría el establecimiento de modelos de prevención y su eventual certificación para eximir de responsabilidad penal, el “mensaje legal” sería que, a continuación, durante el período de vigencia de la certificación, se contratasen

gerentes y empleados inescrupulosos cuyos salarios estuviesen fuertemente vinculados al monto de contratos del Estado que se obtuviesen, dispuestos a asumir como “cabezas de turco”, en caso de una eventual investigación en contra de la persona jurídica.

4.º Porque se asimila funcionalmente el defecto de organización a la culpabilidad de las personas naturales, podemos ver que existen respecto de éstas, en diversos ámbitos de actividades más o menos riesgosas, mecanismos de certificación de competencias, conocimientos, destrezas y habilidades, como las titulaciones que se exigen para ejercer ciertas profesiones o los exámenes que se rinden periódicamente para obtener y conservar las licencias de conducir o portar armas o manipular alimentos para consumo público, etc. Y hasta donde alcanzan mis conocimientos, pocos parecen estar dispuestos a admitir que por el sólo hecho de poseer un título de doctor en medicina o una licencia de conducir uno pueda eximirse *ex ante* de la responsabilidad por una actuación imprudente en un momento determinado posterior. Desde esta perspectiva, y sumado a lo que acabamos de decir en el número anterior, podemos prever que quizás en el mediato futuro estas “certificaciones” se conviertan, así como la adopción de e implementación de planes de prevención, no en exenciones anticipadas de penas, sino en condiciones generales para el desarrollo de ciertas actividades económicas por parte de personas jurídicas, como lo son ahora, con carácter especial, las certificaciones sanitarias, técnicas y de toda otra índole que se exigen para la participación en determinados mercados y actividades.

5.º Y, finalmente, porque el “certificado” que exime de la responsabilidad penal, en tanto es pagado, no se diferencia de las famosas “*Bulas papales*” a que ya hemos hecho referencia y está, por lo tanto, sujeto a las mismas críticas morales y, ahora, a las derivadas del principio de igualdad que supuestamente rige en la mayor parte de los Estados occidentales, pues no parece admisible que “ciudadanos corporativos” con mayor capital que otros, lo que les posibilita la adopción de modelos de prevención y su certificación, puedan transformarse, por ese hecho, en “buenos ciudadanos”; en tanto que otros, con menos recursos pero que cumplen rigurosamente la ley, no califiquen como tales, por no estar “certificados”.

Pero claro, esto último no es un problema del sistema de certificaciones ni de la defensa de *compliance*, sino un efecto propio del capitalismo del siglo XXI y de la sociedad neoliberal al que quizás debemos irnos acostumbrando: cuanto más se exige a las corporaciones, más se favorece la concentración económica,



aún en casos que esta exigencia provenga, como parece ser, de quienes quieren, por el bien de toda la sociedad, limitar las actuaciones dañinas de las personas jurídicas.

# La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento

J.A. GONZÁLEZ FRANCO/A. SCHEMMELE/A. BLUMENBERG

*Abogados*

## I. LA INSOPORTABLE LEVEDAD DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La función de los programas de cumplimiento es básicamente la evitación de los riesgos legales y reputacionales y generar valor de empresa. Pese a que esta finalidad va más allá del ámbito del derecho penal, los programas de cumplimiento han nacido, al menos en la experiencia europea, fuertemente vinculados a la prevención de hechos delictivos. En la mayoría de las empresas la prevención de delitos económicos representa el corazón de la compliance, al que habría que añadir la prevención de delitos que se cometen en el seno de la empresa como la corrupción, el blanqueo de capitales o los delitos contra la intimidad o informáticos. Igualmente resulta frecuente que dentro del programa de prevención se incluyan delitos como el acoso sexual o la discriminación laboral.

La importancia de la vertiente penal resalta más evidente aún en países como España, donde los programas de cumplimiento han aparecido vinculados a la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal. Desde la Circular de la Fiscalía General del Estado<sup>1</sup>, pasando por los artículos doctrinales<sup>2</sup>, y la forma de reaccionar de las grandes empresas ante el

---

<sup>1</sup> Fiscalía General del Estado, Circular 1/2011, Relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica, Número 5/2010.

<sup>2</sup> Cfr. entre otros *Alonso Gallo*, Los programas de cumplimiento, en Díaz Maroto, Estudios sobre las reformas del Código Penal, Civitas, Madrid, 2011, p. 143 ss.; *Gómez Jara*, en *Bajo Fernández, M./Feijoo Sánchez, B./Gómez-Jara Díez, C.*, Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, Civitas, 2012; *Dopico Gómez-Aller, J.*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas, en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Santiago: Francis Lefebvre, 2010; *Nieto Martín, A.*, Problemas fundamentales de Compliance y Derecho Penal, en Compliance y derecho penal,

nuevo riesgo penal, el cumplimiento normativo se ha colocado en el centro del debate penal. Pero no se trata de una tendencia española. Siemens<sup>3</sup> o Thyssen<sup>4</sup>, los *leading cases* dentro de la Unión Europea, han contribuido a estrechar esta relación entre cumplimiento y derecho penal. La legislación de países como Italia y el d. leg. 231<sup>5</sup>, o el Reino Unido, con la Bribery Act<sup>6</sup>, muestran igualmente que el nudo de la responsabilidad penal son los modelos de organización, en la senda iniciada por las *Guidelines* norteamericanas a comienzos de los años 90<sup>7</sup>. En Alemania hemos asistido en los últimos cinco años al despertar del § 30 de la OWiG, precepto en el que se establecen de manera general la responsabilidad sancionadora administrativa de personas jurídicas<sup>8</sup>. Sólo en 2011 la Fiscalía de Munich ha impuesto multas de aproximadamente mil millones de euros a diversas empresas, razón por la que doctrina y praxis alemana consideran que este precepto obliga a las empresas a establecer programas de prevención<sup>9</sup>.

Enmarcar los programas del cumplimiento en el ámbito del derecho penal tiene, en efecto, importantes consecuencias. En el derecho penal, y por tanto en la prevención de riesgos penales, a diferencia de lo que ocurre con otro tipo de riesgos legales, el principio de seguridad jurídica, reforzado constitucionalmente a través del mandato de taxatividad, resulta un derecho fundamental<sup>10</sup>. Por esta

---

Kuhlen (dir.) (en prensa); *Ortiz de Urbina*, Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresaria (compliance programs), en Goñi Sein (dir.), *Ética Empresarial y Códigos de Conducta*, La Ley, Madrid, Madrid, p. 95 ss.

<sup>3</sup> Graeff, P./Schröder, K./Wolf P. (Ed.), *Der Korruptionsfall Siemens: Analysen und praxisnahe Folgerungen des wissenschaftlichen Arbeitskreises von Transparency International Deutschland*, Nomos, Baden-Baden, 2009.

<sup>4</sup> Sentenza del 15 aprile 2011[1], la seconda Corte di Assise di Torino.

<sup>5</sup> Decreto Legislativo 231/2001 sobre disciplina de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, de las sociedades y de las asociaciones también carentes de personalidad jurídica (Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle societa' e delle associazioni anche prive di personalita' giuridica).

<sup>6</sup> UK Bribery Act 2010, cfr. también *Ministry of Justice*, The Bribery Act 2010-Guidance about procedures which relevant commercial institutions can put into place to prevent persons associated with them from bribing.

<sup>7</sup> Sobre el contenido de un "Effective Compliance and Ethics Program" cfr. los US Federal Sentencing Guidelines § 8 B 2.1.

<sup>8</sup> § 30 Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (el texto puede encontrarse en esta misma obra, p. not.)

<sup>9</sup> Cfr. en este sentido Schemmel/Minkoff, CCZ 2012, p. 49 con ulteriores referencias.

<sup>10</sup> Cfr. Nieto Martín, Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal (nota 2).

razón la *compliance* en materia penal necesita ser determinada, a diferencia de lo que ocurre en otros sectores. En dicho contexto es de alabar la iniciativa del legislador italiano, que en el propio texto legal señala a las empresas los elementos básicos de los “modelos de organización”. La ley chilena contiene igualmente precisas indicaciones<sup>11</sup>.

En este marco, es en el que deben leerse también iniciativas como la del nuevo estándar alemán elaborado por el Instituto de Auditoría Alemán (IDW PS 980)<sup>12</sup> que pretende crear estándares de auditoría de los *System Compliance Management* (SMC). El intento de los auditores alemanes es loable. Han renunciado a crear un sistema general y se han centrado en regular la forma de auditar el sistema de *compliance*, con el fin de mostrar sus fortalezas o debilidades.

En efecto, el estándar IDW PS 980 no incluye un modelo detallado de un *System Compliance Management* (SCM)<sup>13</sup>, sino que menciona los elementos claves e incluye un procedimiento de evaluación —*Sistema de Compliance Management*— para dar lugar a una auditoría individualizada en cada empresa. Por ese motivo, un enfoque interdisciplinario es indispensable, integrando expertos en ámbitos tan diversos como el derecho penal económico o expertos en IT<sup>14</sup>. Una auditoría del sistema de *Compliance Management* según el IDW PS 980 puede mostrar las debilidades y fortaleza del sistema de prevención de riesgos penales y aportar de este modo una importante mejora del sistema de prevención<sup>15</sup> y garantizar —en el mejor de los casos— seguridad jurídica.

Desde el derecho anglosajón de Australia al Reino Unido, pasando por los Estados Unidos, se ha dejado en manos de los Fiscales o del Ministerio de Justicia la creación de taxatividad a través de directrices. Se trata de otro modelo, que responde a un sistema de fuentes del derecho distinto, pero que persigue idéntico cometido, proporcionar orientación y seguridad jurídica.

Sin embargo, pese a estas buenas intenciones, la seguridad jurídica está muy lejos de lograrse. Ni las empresas saben exactamente qué hacer, ni los jueces, en

---

<sup>11</sup> Cfr. Art. 4 Ley 20.393 (02-12-2009) de Chile.

<sup>12</sup> IDW Prüfungsstandard: Grundsätze ordnungsgemäßer Prüfung von Compliance Management Systemen (IDW PS 980), del 11.03.2011.

<sup>13</sup> *Schemmel/Minkoff*, CCZ 2012, p. 49 con referencia a *Gelhausen/Wermelt*, CCZ 2010, 208 (212) y *Görtz*, BB 2012, 178 (179).

<sup>14</sup> *Schemmel/Minkoff*, CCZ 2012, p. 51.

<sup>15</sup> *Schemmel/Minkoff*, CCZ 2012, p. 53.

consecuencia qué valorar. En Italia la mayoría de las empresas juzgadas de acuerdo con el decreto legislativo 231 han sido sancionadas, o, lo que es lo mismo, no se le ha concedido relevancia alguna a la existencia de modelos de organización. En los EE.UU., puede suponer una importante rebaja de la pena, aunque en la práctica existen muy pocas resoluciones judiciales que aprecian la atenuación. La jurisprudencia norteamericana, que es la que más experiencia tiene en este ámbito, es muy parca a la hora de señalar cuáles deben ser los criterios de calidad de los programas de cumplimiento, más allá de las especificaciones generales del *Guidelines*. Tampoco los acuerdos de los fiscales, los famosos *deferred prosecution agreements*, proporcionan una mayor información a la pregunta de qué hacer. Es decir, sabemos, y existe acuerdo en que son necesarios canales de denuncias, formación, revisión interna y externa de los programas de cumplimiento, códigos éticos...pero, ¿qué más?, ¿cómo concretar este esquema general en cada una de las empresas?, ¿cómo puede saber la empresa que le exige el derecho penal?

De los intentos de creación de seguridad jurídica y de la discusión hasta ahora existente se desprenden dos claras consecuencias. De un lado, que ningún certificado puede funcionar como una suerte de “bula papal” que garantice la absolución judicial de cualquier pecado de la empresa, puesto que el proceso penal está regido por la libre valoración de la prueba. De otra que la confección y revisión de programas de cumplimiento es una tarea multidisciplinar, donde resulta esencial la visión de auditores, informáticos, organización de empresa y ética empresarial. Pero sin duda, también en este equipo, es imprescindible también la intervención de un abogado penalista. Quizás, y como a continuación va a intentar demostrarse, sea esta la forma de conseguir validar la eficacia de los programas de cumplimiento ante los jueces. Es decir, de resolver o al menos paliar, la insoportable levedad de los programas de cumplimiento ante los tribunales.

## II. LAS 5 FUNCIONES DEL ABOGADO PENALISTA

Los programas de cumplimiento, como hemos indicado, tienen objetivos que trascienden al derecho penal. Se trata de cumplir con la normativa medioambiental, no con el delito ecológico, de respetar las normas de la competencia o de evitar las terribles sanciones de las autoridades nacionales o europeas. Es decir, la *compliance* empieza mucho antes de los límites del tipo penal. Igualmente debemos tener claro que los programas de cumplimiento integran materiales

que ya están en las empresas. La normativa interna que regula cómo hacer los pagos, cómo justificar los viajes o como seleccionar a la persona, nos es muy útil para evitar la corrupción. Aunque nacida con otros fines, sirve no obstante para controlar que los medios de la empresa no acaben siendo la ventaja indebida a que se refiere el delito de cohecho<sup>16</sup>.

Ahora bien, aunque la génesis y los materiales del cumplimiento resultan ajenas al derecho penal, la intervención del experto en derecho penal resulta imprescindible y ello por varias razones.

En primer lugar, para orientar. Damos por bueno que el derecho penal es siempre la *ultima ratio* o dicho de una forma más técnica, que la antijuricidad penal es sólo el último reducto de lo que es antijurídico conforme al derecho civil, fiscal o de sociedades. Pero esto, sin embargo, y desgraciadamente, no siempre es así. En el derecho penal existen tipos penales, como la *Untreue*, en el derecho alemán, que en ocasiones sí es la *prima ratio*, en supuestos como los negocios de riesgo donde es muy difícil encontrar diferencias entre el ilícito civil o societario y el penal. Las cosas son parecidas en tipos penales como la corrupción o el blanqueo de capitales. En el delito de cohecho no hay *prima ratio* antes que la *ultima ratio*. Las normas de comportamiento las determina originalmente el Código penal. Es cierto, que en este ámbito los Códigos Éticos o las políticas anticorrupción de la empresa pueden y deben ir más allá de la ley penal. Los códigos éticos o las políticas anticorrupción pueden prohibir la entrega de regalos superiores a 100 € a funcionarios públicos, aunque esto en muchos o la mayoría de los casos no constituya delito. Pero este adelanto de barreras de protección no puede hacerse sin la ayuda y el consejo de un experto en derecho penal. En algunos tipos como el tráfico de influencia, cuyos límites son aún más difusos, la tarea, por ejemplo, para un auditor, diseñador solitario de programas de cumplimiento, no puede sino conducir al fracaso.

Llegados a este punto y pensando en una hipotética defensa penal de la empresa o de sus directivos, el asesoramiento del penalista puede justificar, por ejemplo, la apreciación del error de prohibición en la persona natural de la empresa que actúe siguiendo sus consejos<sup>17</sup>. Si ante un tribunal se esgrime la opinión de un auditor, lo más probable es que el juez rechace considerar que existía

---

<sup>16</sup> Cfr. Nieto Martín (nota 2).

<sup>17</sup> Schemmel/Minkoff, CCZ 2012, p. 49, 51 con ulteriores referencias.

error o, de aceptarlo, indicará que este hubiera sido fácilmente evitable. El BGH lleva años advirtiendo que el error de prohibición sólo es invencible cuando se ha consultado a un verdadero experto en derecho, que además resulta independiente. Por esta razón, ha rechazado incluso apreciar el error cuando el que asesoraba era el *in house lawyer* siempre considerados parciales.

Pero más allá de proporcionar esta suerte de “vía de escape”, la intervención del penalista puede ser la herramienta para dar mayor taxatividad no sólo al cumplimiento normativo, sino al derecho penal. En efecto, los programas de cumplimiento de las empresas, a través de la participación de expertos técnicos, pueden ser el modo en que se acabe trazando el ámbito de lo socialmente adecuado o de la punibilidad de los negocios de riesgos. Si las normas internas de las empresas acaban por converger en la concreción de los aspectos indeterminados de los tipos penales, esto redundará en la concreción del tipo penal. La participación de expertos en estos programas dotará a sus contenidos de la legitimidad técnica necesaria para que no puedan ser rechazados o considerados irrelevantes.

La segunda razón que justifica la intervención de expertos en derecho penal es el análisis de riesgos. En la cultura empresarial el análisis de riesgos ha estado tradicionalmente en manos de los auditores, de hecho el término análisis de riesgos se identifica en el mundo empresarial con los estudios que realizan las empresas auditoras. Ello resulta lógico cuando se trata de analizar riesgos económicos, pero tremendamente absurdo cuando se trata de riesgos penales. El análisis de riesgos en materia de corrupción no quiere decir otra cosa que señalar que factores criminógenos pueden existir en la empresa que hagan probable la aparición de un delito. Esto tiene que ver muy poco con la auditoría, y nada con la criminología y el derecho penal. Lo primero que hay que saber para prevenir la corrupción o el blanqueo de capitales es la fenomenología de esto delitos en qué ocasiones aparecen para la vida empresarial y cuál es su morfología más usual. Solo a partir de este conocimiento tiene sentido trabajar conjuntamente con auditores en el diseño de procedimientos de control.

La tercera razón es que el diseño y el manejo de la *compliance* y de sus herramientas plantea numerosos problemas jurídico penales. Un uso erróneo de los instrumentos de prevención de delitos constituye un riesgo penal en sí. Un buen ejemplo son las denuncias e investigaciones internas que deben ponerse necesariamente en marcha cuando se reciba la denuncia de un hecho delictivo

verosímil. Para realizar una investigación interna, en primer lugar, debe tenerse “olfato” de instructor y conocerse bajo qué tipo de transacciones puede haberse ocultado el pago de un soborno o utilizado sociedades en paraísos fiscales. Pero más allá de esta cuestión, han de conocerse los límites bajo los que puede accederse a los correos electrónicos de los trabajadores o cómo aplicar los derechos de defensa en este tipo de proceso. Aunque una investigación interna se haga con la intención de cooperar con la administración de justicia y de poner en manos del fiscal o del juez los resultados de la investigación, todo puede frustrarse si en su ejecución se han violentado derechos de las personas investigadas. Todo ello sin contar con que en los casos más graves la violación de estos derechos puede llevar consigo la aparición de delitos contra la intimidad, o coacciones, y que incluso pueden ser vistas como supuestos de obstrucción a la justicia.

Pero eso no es todo. El diseño y la asignación de responsabilidades dentro de un programa de cumplimiento, ver cuál es el papel del consejo de administración o de los oficiales de cumplimiento y de los miembros que se responsabilizan de la implementación de las políticas anticorrupción o de prevención de riesgos laborales, por ejemplo debe hacerse a través de la óptica del derecho penal. Un programa de cumplimiento mal diseñado puede ser un multiplicador de deberes de garantía, de tal modo que todos acaben resultando responsables por todo y colarse así la responsabilidad penal en el caso del mismísimo consejo de administración. Conocer bien los fundamentos de la comisión por omisión y de la delegación de funciones en derecho penal es condición necesaria para diseñar correctamente un modelo de prevención, donde poder y responsabilidad se distribuyan de modo equilibrado.

La cuarta razón es la *traducción*. Al final es el juez quien decide si un programa de cumplimiento es o no eficaz, si dispensa de la pena o la atenúa. Es decir, al final el programa de cumplimiento es una herramienta de defensa penal, y para que funcione correctamente hay que diseñarlo desde un principio con la mentalidad del abogado penalista. En este sentido, es esencial tener un eficiente sistema de documentación, que deje demuestre cómo se ejerce el debido control a través de material probatorio que pueda ser esgrimido en el proceso penal. En la realización de una investigación interna son precisos los servicios de *forensic* para recopilar y seleccionar cientos o incluso miles de emails o transacciones que se contienen en los discos duros de los ordenamientos, pero si la obtención de este material no se realiza de un modo adecuado, que permita la trazabilidad de la prueba, se habrá invalidado prueba que puede ser de vital importancia para



demostrar la eficacia del programa de cumplimiento de la empresa. En definitiva, jueces y abogados hablan el mismo lenguaje, comparten las mismas claves comunicativas, a diferencia de lo que ocurre con otros profesionales que también intervienen en el diseño y la ejecución de los programas de cumplimiento

La reacción es el quinto argumento. Si un sistema de cumplimiento funciona eficazmente, lo normal es que se prevengan hechos delictivos, pero también que se detecten y descubran indicios de posibles hechos delictivos, que como antes se apuntaba, deben necesariamente investigarse y esclarecerse en la medida de lo posible. Pero el descubrimiento de un hecho delictivo dentro de la empresa implica siempre la pregunta de cómo reaccionar ante él, esencialmente cuando el delito puede implicar la responsabilidad penal de la empresa o causarle daños reputacionales. En este momento son muchas las dudas que se plantean y que necesitan de la intervención de un abogado penalista. En primer lugar, para determinar si la empresa está obligada a comunicar el hecho, lo que normalmente tiene una respuesta negativa, y sobre todo para saber en qué medida le conviene como estrategia de defensa más eficaz la cooperación o, en cambio, desarrollar una defensa convencional. La intervención del abogado externo desde el primer momento, es decir, cuando la empresa tiene en sus manos la primera sospecha de irregularidad resulta vital para optimizar los derechos de defensa de la entidad. En algunos ordenamientos, como ocurre en España, incluso la interlocución principal con la autoridad que realiza la investigación está en manos del abogado, pudiendo prescindirse incluso del nombramiento de un representante de la empresa.

### **III. MIRANDO AL FUTURO: ALTERNATIVAS AL PROGRAMA DE LA LEVEDAD**

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el cumplimiento normativo tiene sentido porque son herramientas político criminalmente útiles, permiten atajar eficazmente la criminalidad en las empresas, utilizando el potencial de autorregulación de la propia entidad. Sólo un sistema que considera que en determinadas ocasiones el “debido control” puede ser efectivamente “el debido” o que los programas de cumplimiento son “efectivos” puede servir de estímulo a las empresas para hacer las cosas bien. Como acabamos de ver, el experto en derecho penal es una pieza esencial para canalizar correctamente la fuerza

autorreguladora de la entidad y para que además la empresa no sienta que sus esfuerzos preventivos no sirven de nada.

Ahora bien, esto no excluye para que sigan ensayándose nuevas fórmulas con el fin de estandarizar y dar mayor seguridad jurídica a las empresas que implementan medidas de cumplimiento. En este punto, sería encomiable que asociaciones de abogados, igual que ya se ha hecho en Alemania con las investigaciones internas<sup>18</sup>, o a través de firmas internacionales de abogados que fueran aprobando estándares de debido cumplimiento con criterios no sólo para su confección sino también para su revisión y evaluación posterior. En este punto, la lucha por la seguridad debería basarse en la diversidad, en la diversidad de estándares que compitan lealmente entre sí y aporten nuevas ideas y soluciones sobre todo cuando se trata de prevenir delitos como la corrupción, que debe desarrollarse pensando en los concretos problemas de un sector de actividad.

Sería tremendamente erróneo que las empresas dejaran que fueran terceros, los que procedieran a la referida estandarización. Grandes y pequeñas empresas en el marco de sus asociaciones, como se ha dicho, deberían participar activamente en este proceso. La esencia de la autorregulación pasa por dejar al propio sujeto que busque la norma más eficaz. La estandarización no debería empujarnos a recorrer el camino inverso y que a las empresas les fuera impuesta una regulación externa. Pero de ahí que en este proceso, jueces, fiscales y reguladores, no puedan quedar fuera. Estaría bien que se lanzaran a dialogar con las empresas o con los abogados expertos en *compliance* con el fin de determinar qué características debe tener un programa de cumplimiento eficaz o bajo qué presupuestos se van a admitir o incluso alentar a las empresas para que realicen sus propias investigaciones internas.

En conclusión, la realización de programas de cumplimiento es una tarea multidisciplinar que requiere la participación y colaboración de expertos de diversas procedencias muy especialmente los expertos en derecho penal, con el objeto de una puesta en común de práctica y conocimiento de todos aquellos que trabajan en los diversos frentes del mismo problema.

---

<sup>18</sup> BRAK Stellungnahme Nr 35/2010.



# Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica

JACOBO DOPICO GÓMEZ-ALLER\*

Universidad Carlos III Madrid

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 31 bis 1 en su segundo inciso menciona un deber de control que obliga a las personas jurídicas a la prevención y detección de posibles delitos en su seno: un deber cuyo incumplimiento *hace posible* la comisión de delitos<sup>1</sup>.

Ese deber, como todos los que tienen como destinataria a una persona jurídica, obliga a realizar tareas que han de ser desempeñadas por distintas personas físicas. Los administradores serán en primera instancia los responsables de que las tareas que comporta dicho deber (la prevención y detección de cierto tipo de delitos cometidos en provecho de la entidad) sean llevadas a cabo<sup>2</sup>; y en empresas a partir de un mínimo tamaño, ello requerirá la asignación de esos deberes a distintas personas, que a su vez podrán delegar nuevamente las diversas tareas que comporten en otras personas.

Una de las primeras preguntas que cabe formular es: ¿qué consecuencias jurídico-penales puede tener el incumplimiento de estos deberes por parte de las concretas personas físicas encargadas de su cumplimiento? ¿Puede acarrear para ellas responsabilidad penal a título de (co-)autoría o participación en el delito no evitado? ¿Cuáles son los riesgos penales que arrostra quien deba asumir

---

\* Profesor Titular acreditado Catedrático de Derecho Penal. Universidad Carlos III de Madrid.

<sup>1</sup> Para integrar el contenido de dicho deber es también pertinente acudir al art. 31 bis 4, que habla de “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica”.

<sup>2</sup> BÜRKLE, Jürgen, “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2010, p. 5.

la ejecución de estos deberes en el seno de la empresa, y cómo se concretan? Al estudio de esta cuestión se dedican las siguientes páginas.

## II. LA FIGURA DEL RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO O COMPLIANCE OFFICER

Por influencia de los usos empresariales del mundo anglosajón, en las grandes y medianas empresas españolas es cada vez más frecuente la existencia de programas de cumplimiento y prevención que prevén un alto responsable en materia de cumplimiento. Los cometidos de esta nueva figura giran en torno a una idea central: generar un entorno de cumplimiento en la empresa que dificulte la comisión de conductas ilícitas o incluso delictivas en su seno.

Tan compleja tarea exige una combinación de esfuerzos en diferentes direcciones: orientación, divulgación y refuerzo de la normativa interna, formación de los empleados, investigación de indicios de incumplimiento (en coordinación con los responsables de auditoría, *controlling* o las instancias disciplinarias), reporte constante a la alta dirección y al Consejo de Administración, etc.

Esta figura ya había entrado en nuestro ordenamiento por la vía de algunas regulaciones sectoriales:

- Así, el art. 28 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, regula los deberes relativos a la prevención de conductas ilícitas bajo el epígrafe “Función de cumplimiento normativo”, e impone a dichas empresas el deber de nombrar un “responsable de cumplimiento” y una “unidad” u organismo colectivo que garantice el desarrollo de la función de cumplimiento.
- Asimismo, el art. 26 de la Ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de capitales atribuye funciones preventivas al “órgano de control interno” de la empresa y menciona también el cargo del “responsable ante el SEP-BLAC”.

Sin embargo, son cambios recientes los que han acelerado la introducción en las empresas de figuras con este perfil. De modo fundamental, en ello ha pesado la introducción en el Código Penal del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas por la Ley Orgánica 5/2010.

El Código Penal no menciona expresamente la figura del responsable de cumplimiento. Empleando términos más generales, el nuevo art. 31 bis, regulador de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hace alusión en su apartado 1.º al *deber de control* que obliga a las personas jurídicas a prevenir las posibles comisiones de delitos por parte de sus empleados; y menciona también en su punto 4 a las “medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos”.

Y a efectos prácticos, ¿son las tareas integrantes de ese “deber de control” *radicalmente nuevas*, desconocidas hasta el momento en las empresas? Por supuesto que no. En realidad, las medidas preventivas y los cauces para el ejercicio del *control* interno dirigidas a la evitación de infracciones de los trabajadores son conocidas y ejecutadas desde hace mucho tiempo; pero se encontraban concentradas alrededor de dos grandes polos:

- Por una parte, esta actividad se encuentra muy desarrollada en ámbitos como la *prevención de riesgos laborales* o las *medidas ant blanqueo*. Así, medidas relativas al *control de pagos a terceros* (tanto controles *ex ante* como *ex post*) son coordinadas habitualmente por los departamentos de contabilidad, tesorería y *controlling*; dentro de la Dirección de Personal, es el departamento de Prevención de Riesgos laborales el que suele coordinar la formación de los trabajadores en materia de respeto a la normativa de riesgos laborales, etc.
- Por otra, cabe hablar de multitud de tareas de control conocidas y corrientes en la gestión empresarial actual, pero que no se dirigían a evitar delitos *en favor* de la empresa, sino precisamente *en su contra*. Los procedimientos y medidas *antifraude*, conocidos en el ámbito de la empresa desde hace mucho tiempo, se dirigían a la prevención y detección temprana de conductas desleales o fraudulentas dirigidas contra la empresa. Al positivarse ahora un deber de control que indubitadamente obliga a la persona jurídica a prevenir fraudes (estafas, delitos contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, etc.) cometidos *en beneficio* de la persona jurídica, ello obligará a las empresas españolas a ampliar y reorientar este tipo de medidas para abarcar los delitos cometidos en los términos descritos por el art. 31 bis CP.

No obstante, cuando se habla de la figura del *responsable de cumplimiento*, se hace alusión a una instancia con una vocación *más amplia* que la mera ejecución de las concretas tareas de prevención. Más bien, sus competencias suelen referirse al

desarrollo y mantenimiento de la vigencia de políticas y procedimientos internos dirigidos a que la empresa y su personal no incurran en infracciones graves en la persecución de los objetivos sociales.

Como se puede ver, no se trata de una figura cuyas funciones estén definidas con precisión por el ordenamiento<sup>3</sup>, más allá de los concretos ámbitos recién mencionados (regulación de los servicios de inversión, normativa antiblanqueo). Al no existir un perfil profesional homogéneo, los responsables de cumplimiento de distintas empresas pueden tener funciones distintas. Tareas de prevención y control que en unas empresas están centralizadas en un *compliance officer*, en otras pueden depender de la Dirección de Personal, de la Dirección Financiera, de una Comisión de Control de Riesgos, etc. En una empresa el director de cumplimiento puede tener funciones ejecutivas y en otra empresa puede tener puras funciones de coordinación de otros sujetos; puede ser un órgano unipersonal o un órgano colegiado que integre en su seno directivos, éstos sí, con funciones ejecutivas; etc.<sup>4</sup>.

Puede incluso no existir una figura de estas características, sin que ello implique que la empresa incumpla su deber de control: las tareas de control pueden estar asignadas sectorialmente a los distintos departamentos (así, las de control contable y de pagos para la evitación de pagos ilícitos y blanqueo, al departamento de finanzas y tesorería, así como al departamento de control y a Auditoría interna; las tareas relativas a evitar el riesgo de delitos medioambientales, a los Departamentos de Producción o Calidad y Medio Ambiente; las relativas a la prevención de ciertos indicios de corrupción a través de agentes comerciales, al Departamentos Comercial o de Desarrollo de Negocio; etc.) y en la medida en que dichas tareas sean realizadas correctamente no cabrá hablar de una infracción del deber de control.

---

<sup>3</sup> LÖSLER, Thomas, "Zur Rolle und Stellung des Compliance-Beauftragten", en *WM Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2008, p. 1100-1102.

<sup>4</sup> La caracterización de esta figura y sus competencias en los acuerdos de "persecución diferida" con la Fiscalía norteamericana (*Deferred Prosecution Agreements*) tampoco es mucho más detallada. Así, se suele hacer referencia a las funciones de coordinación de la implementación y supervisión de las medidas de *compliance*, a que el *compliance officer* ha de ser un alto directivo; y a su deber de reporte directo a un órgano independiente en el Consejo de Administración (ver McCONNELL, Ryan D.; MARTIN, Jay; SIMON, Charlotte, "Plan Now Or Pay Later: The Role of Compliance in Criminal Cases", en *Houston Journal of International Law* 33:3 (2011), p. 571.

Esta falta de uniformidad en la configuración de la figura del responsable de cumplimiento (o: de los responsables de tareas de prevención y detección de delitos) hace muy complicado analizar algunos de sus perfiles y, en concreto, su posible responsabilidad por la no evitación de delitos en una empresa. Por ello, difícilmente pueden hacerse afirmaciones generales del tipo “el *compliance officer* tiene deber de garante” (o “el *compliance officer* no tiene deber de garante”), ni tomas de posición muy generales sobre cómo debe valorarse su omisión.

El abordaje de la cuestión, pues, debe realizarse mediante un análisis tópico, prescindiendo por ahora de aproximaciones excesivamente generalizadoras. El punto de atención debe ser cuáles son las implicaciones jurídico-penales que tiene el ejercicio de distintas funciones de control, detección y prevención de delitos en el seno de una empresa; si quien las ostente puede o no ser considerado competente por la evitación de cierto tipo de sucesos; y si su omisión puede ser causa de responsabilidad penal.

### III. UN PUNTO DE PARTIDA: DEBER DE GARANTE DEL EMPRESARIO, DELEGACIÓN DE FUNCIONES Y DEBER DE SUPERVISIÓN RESIDUAL

#### 1. *Titularidad y delegación de los deberes del empresario*

Como ya se ha apuntado, en la actividad empresarial por lo general los deberes de garante que entran en consideración competen originariamente al empresario, ya sea individual o societario. Es el empresario quien construye, quien fabrica, quien organiza el transporte de pasajeros o mercancías, quien comercializa, etc. y quien obtiene lucro empresarial por ello. Esa libertad de organización empresarial trae como necesario correlato el deber de velar por que la actividad de la empresa no dañe bienes jurídicos ajenos<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> Tal fundamentación material del deber de garante del empresario, con distintas formulaciones (y matices en ocasiones muy relevantes) es admitida ampliamente por la doctrina moderna. Sólo en la doctrina española ver, por todos, LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en AAVV, *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, 1995, p. 209 y ss., en especial p. 214 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, Enrique, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, en DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO (coord.), *Liber*



Sin embargo, esas tareas no son realizadas por él directamente sino de modo mediato: son delegadas en otras personas para su realización. Y junto con la tarea, es delegada también buena parte de la responsabilidad por su ejecución, convirtiendo al delegado a su vez en garante. Así:

- Las personas a su servicio realizan concretas tareas para la realización de dichas actividades, en la medida en que se deleguen sobre ellas, y asumen también el deber de evitar que su ejecución dañen a terceros —deber de garante secundario—, pero los deberes originarios corresponden al empresario (hablamos en ambos casos de deberes de garante de control de focos de peligro).
- Asimismo, esas personas pueden ser encargadas de cuidar intereses que han sido delegados en el empresario. Así, el colegio asume el cuidado de los niños durante su estancia en él, y delega en los concretos profesores (en el maestro, en el profesor de educación física, en los cuidadores del comedor, etc.) dicho cuidado (deberes de garante de protección de un bien jurídico).

En sus líneas generales, la mayoría de las tareas implicadas en esta posición de garante del empresario son deberes de control de un foco de peligro, constituido en gran medida por el factor humano. Sin duda, un factor de riesgo común a casi toda empresa de una mínima entidad es la coordinación de distintas personas para la realización de una actividad<sup>6</sup>. Las posibilidades de negligencia o de incumplimiento de las normas por parte de quienes ejecutan las tareas constituyen así un foco de peligro que debe ser asegurado, como se pone de manifiesto cuando hablamos de *culpa in vigilando sive insciendo, in eligendo, in instruendo*, etc.

En una primera aproximación, el evento que debe evitarse es el resultado lesivo a un bien jurídico de carácter material (vida, integridad física, patrimonio,

---

*amicorum en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García*, Madrid: Colex, 2006, p. 411 y ss., p. 421; más recientemente, con extensa referencia bibliográfica, ver DEMETRIO CRESPO, Eduardo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid: Iustel, 2009, p. 91 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial” (en prensa; agradezco al autor que me proporcionase el manuscrito aún inédito), nota n.º 5.

<sup>6</sup> WELP, Jürgen, *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, 1968.

etc.). Así, el empresario está obligado a cierto grado de diligencia para que no tengan lugar accidentes lesivos o mortales, para que no se produzcan daños al medio ambiente, etc. Pero más allá, la doctrina mayoritaria afirma además que la posición de garante del empresario le obliga en cierta medida a la evitación de delitos de sus empleados relacionados con el desempeño de sus funciones<sup>7</sup>.

Es en el ámbito del Derecho penal del trabajo donde la jurisprudencia ha desarrollado más la cuestión, en virtud del juego del artículo 318 CP (que — con una técnica legislativa muy mejorable— recoge explícitamente el deber de administradores y responsables del servicio el deber de evitar o remediar los delitos contra los derechos de los trabajadores). Y aunque en la doctrina no han faltado elaboradas objeciones a la *existencia* de un deber que obligue al empresario a prevenir o evitar infracciones de sus subordinados, habitualmente basadas en la *autorresponsabilidad* del empleado, no obstante el argumento de la autorresponsabilidad tiene un rendimiento limitado.

En efecto, el argumento de la autorresponsabilidad no puede *impugnar* la existencia de una clase de deberes que están recogidos en multitud de normas legales. Así, dentro del Código Penal, baste mencionar el ya citado art. 318; evidentemente, el propio art. 31 bis CP; así como otros preceptos de la parte especial, como el art. 615 CP y, en su caso extremo, el art. 176 CP, que no exige que el omitente sea *superior jerárquico* de la persona cuyo delito no se impide. En la legislación laboral, es paradigmático el art. 15.4 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, que obliga al empleador a prevenir “las distracciones o imprudencias no temerarias” del trabajador.

Finalmente, en el plano dogmático, este argumento a lo máximo a lo que puede aspirar es a discutir si quien omite impedir el delito debe responder como *autor* o como *partícipe por omisión*<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> En la doctrina alemana se habla de *betriebsbezogene Straftaten*. Por todos, ver recientemente BOCK, Dennis, *Criminal Compliance*, 2011, p. 317-318. En la doctrina española, en extenso, ver recientemente DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad por omisión del empresario*, 2009, p. 176 y ss..

<sup>8</sup> Mayor rendimiento cabe predicar de un enfoque como el que propone SILVA SÁNCHEZ (“Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, en prensa), que partiendo de la existencia de una posición de deber del empresario, atiende a si dicha posición está gobernada por un *principio de confianza* —que por ello le liberaría de investigar a sus inferiores— o por el de *desconfianza* —que requeriría del obligado la realización de actividades de investigación—. Al respecto, *vid. infra*, en el siguiente epígrafe.

Como conclusión cabe afirmar que, las personas que en el seno de la empresa pueden ostentar posiciones de garantía<sup>9</sup> lo hacen en virtud de una asunción, pues el empresario delega en ellas una tarea peligrosa, el cuidado de focos de peligro o la custodia de intereses ajenos.

## 2. Posición del obligado tras la delegación. Deberes de supervisión activa y reactiva

Ahora bien: como es sabido, con la delegación el empresario no extingue su posición de garante, sino que la modifica. Así, los que eran deberes de control

---

<sup>9</sup> Dentro de la tipología de “fuentes” del art. 11 CP, la mayoría de estos deberes corresponden originariamente al empresario por *realizar una actividad peligrosa* (en este sentido, serían deberes derivados de una *conducta peligrosa*). No obstante, muchos de esos deberes están concretados en disposiciones legales y desarrollados en reglamentos (así, los deberes de protección de la seguridad de los trabajadores, las prohibiciones en materia medioambiental, alimentaria, farmacéutica, etc.), por lo que en la tipología del art. 11 CP también pueden considerarse deberes derivados de Ley. Y en los casos de *empresas subcontratistas* podemos encontrarnos con deberes asumidos por *contrato*. Así, la empresa que presta servicios de gestión de residuos peligrosos *asume* contractualmente de su cliente el deber de garante que le obligaba a éste a manejar dichas sustancias sin causar peligro para el equilibrio de los sistemas ecológicos; y su omisión puede suponer un delito contra el medio ambiente [sobre la posibilidad de que una posición de deber pueda encajar en varias de las tipologías del art. 11 CP ver, en extenso, DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Omisión e injerencia en Derecho penal*, Cap. 11, epígrafe II. 3.c; EL MISMO, “Comisión por omisión y principio de legalidad. El art. 11 CP como cláusula interpretativa auténtica”, en *RDPCrim* (2.ª época) n.º 2 extr., p. 279 y ss. p. 306].

De entre los deberes derivados de “Ley” destacan las *obligaciones tributarias*. Los deberes tributarios obligan a conductas positivas (declaración, pago, ingreso de retenciones) cuya omisión puede traer consigo consecuencias jurídico-penales. Lo mismo ocurre respecto de la gestión de subvenciones (obligación de comunicar condiciones que impedirían la concesión), etc. Asimismo, la normativa antiblanqueo (Ley 10/2010) impone una serie de deberes a las empresas, entre los que se cuentan los de indagación (*know your client*). La omisión de dichos deberes puede determinar responsabilidad penal por un delito de blanqueo; máxime cuando éste es regulado en los amplísimos términos en que lo hace el Código Penal español. También la regulación de otras instituciones económicas (mercado de valores, protección de los intereses económicos de los consumidores, etc.) pueden imponer deberes de actuar al empresario, cuya omisión puede realizar figuras típicas de algunos delitos contra el mercado y los consumidores. Sobre estos aspectos, ver DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Comisión por omisión”, en *Memento Penal de Económico y de la Empresa*, 2011, p. 63, n.m. 507.

y evitación de sucesos lesivos pasan a convertirse en deberes de supervisión y vigilancia de la labor del delegado<sup>10</sup>.

Esta afirmación requiere no pocos matices. Expresado en términos prácticos: ¿cómo debe supervisar el delegante la labor del delegado? Esto nos lleva a formular una bipartición de los deberes residuales de vigilancia<sup>11</sup>:

- Deberes de supervisión activa: exigen del delegante la realización de tareas activas de supervisión (investigación, inspección, etc.) de modo ordinario y periódico.
- Deberes de supervisión reactiva: sólo exigen del delegante una reacción si aparecen indicios de que está teniendo lugar una situación ante la que está obligado a reaccionar. Por lo general, implican asimismo el deber de recibir reporte periódicamente<sup>12</sup>.

Lo más frecuente es que la posición de deber del delegante integre deberes de ambas clases, si bien con mayor peso de los deberes de supervisión activa cuanto más próximo se encuentre a la realización material de la tarea de riesgo; y con una preponderancia de los deberes de supervisión pasiva cuando la posición del delegante esté más alejada de la ejecución de la tarea riesgosa.

Esta distinción, insuficientemente atendida por la doctrina penal hasta el momento<sup>13</sup>, tiene una relevancia fundamental a los efectos que nos interesan. Así, ante la comisión de delitos no prevenida o detectada por el responsable de desarrollar los deberes de control es necesario preguntarse *cuáles son las tareas a las que le obligaba su deber*. Y la situación es totalmente distinta si hablamos de personas obligadas unas tareas de supervisión activa (por ejemplo: a realizar *investigaciones periódicas* pero omitieron realizarlas); o si por el contrario hablamos de sujetos únicamente

<sup>10</sup> En la doctrina española, por todos, ver LASCURÁIN SÁNCHEZ, “Fundamento y límites...”, p. 218 y ss.; DEMETRIO CRESPO, *Responsabilidad penal por omisión...*, p. 107 y ss.

<sup>11</sup> DOPICO GÓMEZ-ALLER, “Comisión por omisión”, en *Memento Penal Económico y de la Empresa*, 2011, p. 64, n.m.512.

<sup>12</sup> Muy sintéticamente, FRISCH habla de cumplir el deber residual de vigilancia “a través de la realización regular de inspecciones, o de la rendición de cuentas” [FRISCH, Wolfgang, “Problemas fundamentales de la responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa”, en MIR PUIG/LUZÓN PEÑA (coords.), *Responsabilidad penal de las empresas y su órganos y responsabilidad por el producto*, Barcelona: Bosch, 1996, p. 121].

<sup>13</sup> Ver recientemente, sin embargo, SILVA SÁNCHEZ, “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial” (en prensa).

obligados a realizar tareas de supervisión reactiva, como por ejemplo recibir la rendición de cuentas de sus subordinados y a ordenar investigaciones *ante la existencia de indicios sospechosos dentro de la empresa*. En este último caso, para hablar de responsabilidad penal no bastaría con afirmar que el sujeto no realizó ninguna actividad de investigación, sino que además habría que probar *conoció (o había debido conocer) los mencionados indicios sospechosos*.

### 3. *¿Qué clase de deberes de garante ostentan quienes deben ejecutar los deberes de control, prevención y detección de delitos?*

Pues bien: también las personas con responsabilidades en la prevención y detección de delitos ostentan deberes en la medida en que los asume del empresario<sup>14</sup>. Y serán deberes de garante en la misma medida en que lo fuesen los del empresario.

En parte, esos deberes de garante del empresario son deberes de control de un foco de peligro. El responsable de cumplimiento asume, pues, algunos deberes inherentes al poder de mando sobre los empleados: formación de los trabajadores, comunicación y reporte a quienes deben contar con la información necesaria para adoptar decisiones, etc. En la medida en que el incumplimiento de dichos deberes puede llevar a que alguien adopte una decisión lesiva para bienes jurídicos ajenos, cabe teóricamente hablar de comisión por omisión; aunque para ello deberían concurrir una extensa serie de posibles requisitos, que más adelante analizaremos.

Pero el cometido fundamental del responsable de cumplimiento está integrado por la ejecución de deberes de supervisión y vigilancia del empresario<sup>15</sup>: supervisión de las personas en posición superior sobre las que el empresario ha delegado funciones ejecutivas. En este caso, la dinámica es distinta:

- a) El empresario delega la coordinación y ejecución de la tarea en determinadas personas (responsables financieros, de producción, de calidad, de

---

<sup>14</sup> Ver la sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán de 17.7.2009, (*NJW* 2009, p. 3174); BÜRKLE, Jürgen, “Grenzen der strafrechtlichen Garantenstellung des Compliance-Officers”, en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2010, p. 4 y ss., p. 5.

<sup>15</sup> KRAFT, Oliver; WINKLER, Klaus, “Zur Garantenstellung des Compliance-Officers. Unterlassungsstrafbarkeit durch Organisationsmangel?”, en *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2009, p. 29 y ss., p. 32.

medio ambiente, de prevención de riesgos laborales, etc.). Así, su deber de garante respecto de instalaciones y actividades peligrosas muta y se transforma en un deber de supervisión y vigilancia de la actividad de esas personas<sup>16</sup>.

- b) El empresario, que tras la delegación había conservado un deber de supervisión y vigilancia, nuevamente vuelve a delegarlo, esta vez sobre el responsable de la función de cumplimiento. De ese modo, la posición jurídica del empresario vuelve a mutar, y de ostentar un deber de supervisión activo (que le obligaba a desarrollar actividades de vigilancia y control sobre quienes ejecutan la tarea) pasa a ostentar un deber de supervisión pasivo (que le obliga a mantener cierto grado de comunicación con quienes ejecutan materialmente las tareas de control y vigilancia<sup>17</sup>, y a reaccionar en caso de que se le comunique que tiene lugar una situación de peligro ante la que debe actuar).

Es precisamente por eso por lo que la existencia de un sistema interno de prevención de delitos operativo y efectivo es valorada jurídicamente como prueba de que el empresario ha cumplido con sus deberes de control y vigilancia<sup>18</sup>

<sup>16</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, “Fundamento y límites del deber de garantía del empresario”, en *Hacia un Derecho Penal económico europeo*, 1995, p. 218 y ss.; PEÑARANDA RAMOS, “Sobre la responsabilidad en comisión por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones)”, p. 421; ver en la doctrina alemana FRISCH, “Problemas ...”, p. 121.

<sup>17</sup> Y es que, como señala BOCK (*Criminal compliance*, p. 762), la labor de supervisión y vigilancia no tiene por qué ser desarrollada personalísimamente por el administrador: puede ser delegada. Ver en extenso MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal*, Barcelona: Bosch, 2008, p. 172 y ss.

<sup>18</sup> El segundo de los cauces de imputación de responsabilidad penal a una persona jurídica (art. 31 bis 1, segundo inciso) exige para penar a la entidad colectiva que se haya dado una falta del *debido control*. Para integrar este concepto indeterminado, una mirada al derecho comparado es interesante: baste citar el §8.B.2 de las *Sentencing Guidelines* norteamericanas; también en la *defence* que establece el art. 7.2 de la *Bribery Act 2010* británica, que excluye la pena para las empresas que puedan probar que disponen de procedimientos adecuados para prevenir actos de corrupción (“it is a defence for C to prove that C had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with C from undertaking such conduct.”); y el Decreto Legislativo italiano 231/2001, que exime de pena a la persona jurídica si ésta ha adoptado modelos de organización, gestión y control con determinadas características (como regulan los arts. 6 —en relación con delitos de los superiores jerárquicos o “*apicali*”— y 7 —en relación con delitos de los subordinados o “*sottoposti*”—).

(en la medida en que supone delegar su ejecución válidamente y comprobar que dicha ejecución se realiza de modo diligente)<sup>19</sup>.

En resumen: el responsable de tareas de prevención o detección de delitos asume del empresario algunas de las funciones integrantes de la posición de garante de éste:

- por una parte, deberes de control de la peligrosidad de la actividad empresarial;
- pero sobre todo, deberes de supervisión y vigilancia de la actividad de otros<sup>20</sup>.

#### **4. Responsabilidad del compliance officer por omisión de concretos deberes de detección y prevención de delitos**

Como ya se ha señalado, en el Derecho español, y con las excepciones señaladas, no existe una figura legalmente definida de responsable de cumplimiento que tenga asignadas concretas funciones. Sí existen tareas propias de la función de cumplimiento, integrantes del “deber de control” al que alude el art. 31 bis CP, que competen al empresario; y el empresario determinará cuál es el modo de llevarlas a cabo y si asigna dichas tareas a un específico órgano unipersonal o

---

<sup>19</sup> Es fundamental en este punto la perspectiva *ex ante*: debe valorarse *ex ante facto* si la conducta del empresario ha sido diligente, o si por el contrario debió desarrollar otras medidas que omitió. En sí mismo considerado, el mero hecho de que se haya cometido un delito *nunca es prueba* de que no se ha prestado el debido control o de que el programa preventivo es ineficaz, pues ningún programa puede evitar todos los delitos. Así lo reconocen expresamente las *Sentencing Guidelines* norteamericanas (§8.b.2.1, a: “The failure to prevent or detect the instant offense *does not necessarily mean that the program is not generally effective in preventing and detecting criminal conduct*”) y la Guía del Ministerio de Justicia británico relative a la Bribery Act 2010 (Introduction, 6: “*No policies or procedures are capable of detecting and preventing all bribery*”).

<sup>20</sup> Werner BEULKE (“Der Compliance Officer” als Aufsichtsgarant? Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung”, en *Festschrift für Klaus Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin: De Gruyter, 2011, p. 23 y ss., p. 27 y ss.) niega fundamento a los deberes de garante de supervisión y vigilancia de empleados la posición de garante; aunque por otra parte admite la responsabilidad del empresario por la vía de la *injerencia* (p. 39-40; por cierto: como hiciera casi medio siglo antes WELP), lo cual permitiría fundamentar, por la vía de las posiciones de garante clásicas, la responsabilidad del responsable de cumplimiento como garante (p. 41).

colegiado, o si las distribuye entre órganos preexistentes (por ejemplo, las cuestiones disciplinarias a dirección de personal, las de control de movimientos de tesorería a la dirección financiera, las relativas a divulgación de la normativa interna y el código ético al área de comunicación e imagen corporativa, las de formación técnica al departamento de calidad y medio ambiente, etc.). Por ello, antes de hablar de deberes de garante de un responsable de cumplimiento, debemos estudiar en concreto cómo está configurada su posición en la empresa y qué competencias se le atribuyen.

A continuación se analizará si puede atribuirse responsabilidad penal por omisión al *compliance officer* en relación con cada una de esas funciones, y en qué medida.

#### **4.1. En relación con omisiones relativas al deber de implementación y desarrollo de programas de prevención del delito**

Esta clase de programas constan de multitud de concretas tareas, que van desde procedimientos dirigidos al control y detección de conductas ilícitas (una parte fundamental de los cuales se centran en las tareas de autorización y supervisión de pagos y contratación), tareas de formación y *training* al personal de la empresa respecto de qué conductas están prohibidas y qué limitaciones se establecen; establecimiento de canales accesibles de denuncia interna e información (y un régimen de protección a los denunciantes cívicos o *whistleblowers*); regulación de los flujos de información y reporte, etc. Todo ello se dirige a la creación de un entorno en el que la conducta infractora sea una opción menos viable.

La pregunta ahora es: ¿cabe hallar responsabilidad penal en el responsable de cumplimiento respecto de concretos delitos cometidos en la empresa, cuando se han podido cometer gracias a que éste no ha implementado dicho programa cuando era su obligación?

Podemos referirnos aquí a la implantación, puesta en marcha o activación de un *protocolo o procedimiento específico* (por ejemplo, un nuevo procedimiento de control de pagos que busque impedir los pagos ilícitos o el blanqueo), o bien todo un programa de cumplimiento *ex novo*. Aunque aparentemente esto último podría exceder el teórico ámbito competencial de un *compliance officer* (pese a la tantas veces mencionada indeterminación de tal ámbito), lo cierto es que en la realidad empresarial reciente cabe encontrar el caso de la contratación de



personal especializado en *compliance* empresarial para *poner en marcha* todo un programa de cumplimiento interno y posteriormente pasar a *dirigirlo*.

Cabría, pues, imaginar un caso en que la empresa hubiese asignado a una persona (un responsable de cumplimiento interno) o a un colectivo de personas (a un consejo de Dirección, por ejemplo) el mandato de implementar y desarrollar un procedimiento de prevención, con medios suficientes al efecto, etc.; y éste hubiese omitido toda conducta al respecto, o lo hubiese diferido de manera incomprensible; o lo hubiesen implementado de un modo gravemente defectuoso, de modo que hubiese permitido que se cometiesen delitos de aquéllos cuya evitación se pretendía.

Ahora bien: en un caso así, y pese a la existencia de un deber de control y una omisión individualmente reprochable al concreto sujeto, una responsabilidad penal por omisión no es fácilmente imaginable en estos casos. La explicación, resumidamente, es la siguiente:

a) Respecto de la no prevención o detección de delitos que sólo prevén modalidad típica dolosa: a menos que en la omisión del responsable de cumplimiento cupiese apreciar un dolo de permitir o favorecer delitos ajenos (y, lo que es más difícil, cupiese probarlo), estaríamos hablando siempre de una intervención imprudente atípica.

¿Es posible hablar de una no implantación con dolo de favorecer o posibilitar la comisión de un delito? Los casos que cabe imaginar son más bien *de laboratorio si* pensamos en un mandato de implantar todo un modelo de prevención de delitos en una empresa dirigido a una persona o a un organismo colegiado. Sin embargo, resultan menos forzados si imaginamos que se da al responsable de cumplimiento (o al Director Financiero) la orden de implantar un concreto procedimiento de control, dirigido a la prevención de una concreta modalidad de delito doloso (por ejemplo: un control específico de pagos que previene la comisión de pagos ilícitos como el cohecho, actos de blanqueo, etc.), y éste decide retrasar su implementación hasta que concluya una determinada operación económica, pues no quiere interferir con ella, consciente de que se ejecuta mediante una buena cantidad de pagos ilícitos. En este caso, nos encontraríamos ante una intervención dolosa punible en el concreto delito.

b) Respecto de la no prevención o detección de delitos que prevén modalidad típica imprudente: en principio la falta de dolo no sería un obstáculo para la imputación de responsabilidad penal al garante. En efecto: sería posible impu-

tarle responsabilidad penal por no haber prevenido o impedido negligentemente unos delitos imprudentes cometidos por otros. Como se ha desarrollado extensamente en el Derecho Penal del Trabajo, la negligencia en la adopción de medidas preventivas puede ser una modalidad de intervención en el delito imprudente. No obstante, en la realidad empresarial los mecanismos preventivos de estos delitos *rarisima vez son competencia de un responsable de cumplimiento*. La prevención de accidentes laborales (tipos imprudentes de homicidios, lesiones o peligro para la salud de los trabajadores), delitos contra el medioambiente, etc. suelen ser competencia de direcciones técnicas de la empresa: Dirección de Recursos Humanos y Departamento de Prevención de Riesgos Laborales, Dirección de Calidad y Medio Ambiente, etc. Hipotéticamente sería posible una intervención imprudente típica en materia de delito de blanqueo<sup>21</sup>, pero también en este campo el establecimiento y monitorización de las medidas antiblanqueo suelen estar atribuidos a otras áreas (Dirección Financiera, Tesorería, Asesoría Jurídica —en relación con contratación—, etc.). De entre los tipos penales abarcados que remiten al art. 31 bis CP, muy pocos contemplan modalidades imprudentes imputables a personas físicas.

## 4.2. En relación con la recepción y gestión de denuncias y supuestos similares

### 4.2.1. Recepción y gestión de denuncias

El establecimiento y gestión de canales de denuncia eficaces e instrumentos de protección de los denunciantes cívicos (*whistleblowers*), así como los protocolos de investigaciones internas ante indicios de delito, constituyen una parte esencial de cualquier programa de cumplimiento interno y prevención de delitos. Por ello, quienes ocupan puestos de responsabilidad en relación con la función de cumplimiento interno se encuentran en una posición de deber especial que debe ser analizada con detenimiento.

Cabe ya avanzar que bajo ciertas circunstancias, *la omisión del responsable de cumplimiento en este punto* (omisión de los deberes de investigación o reporte)

---

<sup>21</sup> La Jurisprudencia en la práctica, y sin grandes planteamientos, tiende a una interpretación de los tipos imprudentes en términos de *concepto unitario de autor*, por lo que en este hipotético caso sería previsible que el órgano jurisdiccional calificase la conducta como (co-)autoría.

*puede acarrear responsabilidad penal.* Por ello, la tarea de recepción y gestión de denuncias internas constituye probablemente uno de los ámbitos de mayor riesgo legal para los compliance officers.

Analicemos a continuación cuáles son esos requisitos:

a) *Omisión ante un delito que se podía impedir.* La mera omisión de denuncia de delitos consumados (el arcaico *crimen retitentie*) es atípica en el Derecho penal moderno. Por ello, si el responsable de cumplimiento tiene noticia de que en el pasado se ha cometido un delito y no cumple con sus tareas de investigación, reporte o reacción, en principio no cabría hablar de responsabilidad penal por omisión.

En efecto, el garante aquí sólo puede ser responsable si su omisión determina que se tolere, posibilite o favorezca la comisión presente o futura de un delito. Y ello es posible en dos supuestos básicos:

- Si se denuncia un delito que se va a cometer o se está cometiendo (delito aún no consumado), teniendo el *compliance officer* posibilidad de impedir su consumación, ya sea de modo directo o indirecto.
- Si se denuncia un delito que, pese a estar consumado, es indicio de que existe una continuidad delictiva que debe ser interrumpida. El riesgo de “continuidad delictiva” debe ser interpretado en sentido amplio, como una situación en la que hay peligro de que se sigan cometiendo delitos cuya evitación es competencia del garante.

b) *Omisión de una conducta debida que habría obstaculizado el delito*, ya sea ésta abrir una investigación para obtener toda la información necesaria o directamente remitir la información al órgano responsable de intervenir en esta clase de supuestos.

Cuando la empresa organiza la prevención de delitos *centralizando* la recepción de denuncias sobre indicios de delito en un órgano (unipersonal, como el *compliance officer*; o colectivo), si el receptor de esta información la bloquea, y no investiga los indicios ni los remite al órgano competente por su investigación, actúa ocultando la huella del delito y, por ello, favoreciendo o posibilitando, mediante su omisión, la conducta del autor del delito.

c) *Que el delito sea de aquellos cuya prevención compete al garante.* Ello se concreta en dos exigencias distintas:

c.1. Que el delito sea de aquellos por cuya prevención es garante el empresario.

Como se ha subrayado, directivos y demás empleados sólo pueden ser garantes en la medida en que la empresa les asigne un deber de protección o el control de un foco de peligro (concepto este último que abarca también la realización de actividades peligrosas que exigen desarrollar deberes de prevención o aseguramiento del riesgo).

Por ello, el requisito previo para poder hablar de una posición de garante del responsable de cumplimiento en este punto es que se trate de una omisa evitación de delitos por cuya evitación el empresario es garante.

Como hemos visto, la doctrina habla aquí de delitos relacionados con la actividad de la empresa (“betriebsbezogene Straftaten”<sup>22</sup>). Se trata de un término que requiere concreción en el caso concreto, pues los deberes que competen al empresario varían de ámbito a ámbito.

Determinar cuál es el ámbito de los delitos cuya evitación compete a la empresa excede el alcance de este trabajo. Sin duda, el núcleo incontrovertible —pues específicamente lo regula el Código penal— lo constituyen los delitos que pueden generar responsabilidad penal para las personas jurídicas (aunque lo realmente complicado es aquí determinar cuáles son los extremos que deben controlar y prevenir las empresas respecto de cada delito); así como los relativos a la causación de daños a bienes jurídicos ajenos (individuales o colectivos) debidos a la actividad productiva, incluyendo aquí los delitos de riesgo para los trabajadores. Es claro asimismo que quedan fuera de contexto los delitos que, aunque sean cometidos por el empleado, no guarden relación con la empresa. Sin embargo, la zona gris que se extiende entre ambos polos no es fácil de delimitar. Probablemente eso sea el motivo por el que la doctrina emplea a estos efectos un término tan inespecífico como “delitos relacionados con la empresa”.

c.2. Que el delito sea de aquellos para cuya prevención se le asigna alguna tarea al concreto responsable de cumplimiento interno.

Si nos referimos al “alto responsable de cumplimiento interno” o “*compliance officer*”, en la mayoría de las empresas estas personas están encargadas de la prevención de delitos relacionados con el fraude o la corrupción, pero no de otros más directamente relacionados con los riesgos operativos, como los delitos

---

<sup>22</sup> Por todos, ver SCHALL, Hero, “Grund und Grenzen der Strafrechtlichen Geschäftsnemhaftung”. en *Festschrift für Hans-Joachim Rudolphi*, 2004, p. 278 y ss.

medioambientales o contra la seguridad de los trabajadores, y cuyo control y prevención suelen estar asignados a Departamentos técnicos (Calidad y Medio Ambiente, Prevención de Riesgos Laborales, etc.).

Es habitual, no obstante, una competencia concurrente de distintos tipos de responsables en materias como los pagos ilícitos (el propio *compliance officer* en algunos aspectos y áreas de Tesorería o Contabilidad, en otros).

Si se dan los citados requisitos, la conducta del omitente tendría aquí la mera significación de una colaboración en el delito de otro (complicidad o cooperación necesaria), pues mediante su omisión oculta el delito a los ojos de los órganos que deberían intervenir para impedirlo. No se trataría de una conducta de *autoría*, como podría ser el caso de un superior jerárquico que permite que se cumplan los objetivos de su división mediante conductas delictivas (pues el concreto trabajador que comete el delito no es alguien que trabaje bajo la dirección y a las órdenes del responsable de cumplimiento).

#### *4.2.2. Omisa investigación u omiso reporte de indicios de delito detectados por vías distintas de las denuncias internas*

Lo que se acaba de exponer en relación con la gestión de denuncias internas puede aplicarse a los casos de omisa investigación u omiso reporte de indicios de delitos detectados por vías distintas de las denuncias internas; pues habitualmente es deber del responsable de cumplimiento iniciar o instar investigaciones ante indicios de conducta irregular, independientemente de si dichos indicios llegan a él por el cauce de la denuncia interna o por otras vías, siempre que revistan cierta verosimilitud.

Los indicios pueden provenir de fuentes internas, como los procedimientos internos de control (por ejemplo, irregularidades en pagos o contratación detectadas por auditoría o *controlling*); o de fuentes externas, como una noticia periodística o incluso la apertura de una investigación penal.

#### *4.2.3. En concreto, respecto de la omisión de investigaciones. Investigaciones ante indicios de irregularidad e investigaciones preprogramadas.*

No obstante, cuando hablamos de omitir deberes de investigación debe realizarse una ulterior distinción. Y es que cuando hablamos de investigaciones in-

ternas en el seno de la empresa, éstas pueden ser realizadas por muy distintas razones: ante indicios de irregularidad, de modo preprogramado (las mal llamadas “inspecciones rutinarias”), por necesidades de evaluación de un concreto procedimiento o unidad de gestión, etc.

Cuando hablamos de omitir iniciar o instar una investigación ante denuncias o indicios de regularidad, son aplicables las consideraciones expuestas supra. La omisión de una investigación, con plena conciencia de que existen indicios de delito, puede ser un modo doloso de ocultar o no interrumpir una conducta delictiva ajena en curso o futura, lo cual puede suponer una colaboración en el delito ajeno. Es razonable hablar de un dolo de no interrumpir una continuidad delictiva cuando se decide no investigar unos hechos a sabiendas de que existen indicios de un delito, siempre que exista riesgo de una continuidad delictiva en los términos ya expuestos.

Parcialmente distinta es la cuestión en las investigaciones preprogramadas o “rutinarias”, que se realizan sin necesidad de indicio alguno, para comprobar el nivel de cumplimiento de la empresa.

- En estos casos, sólo cabría hablar de responsabilidad penal, por ejemplo, si se omite una investigación para no interrumpir o descubrir una conducta delictiva en curso que ya es conocida por el omitente. En este caso, sí sería posible hablar de una responsabilidad penal.
- Sin embargo, la conducta será impune si no existe conocimiento de que se va a cometer o se está cometiendo dicha conducta. La mera omisión de investigaciones o indagaciones preprogramadas, cuando no hay dolo de favorecer un hecho ajeno debe considerarse atípica.

#### **4.3. No existe un deber de denunciar los indicios a las autoridades. El deber del responsable de cumplimiento es un deber empresarial, no un deber jurídico penal**

Como hemos señalado, no existe una definición legal de la figura del *compliance officer*. Las funciones y competencias de un responsable de cumplimiento varían de uno a otro caso, y es obligado atender a las obligaciones que cada empresa atribuye a su responsable.

Cuando el responsable de cumplimiento actúa como auxiliar de la alta dirección o de los administradores, sus tareas ante posibles indicios de criminalidad

por lo general consisten en reaccionar ante dichos indicios investigándolos para que se puedan adoptar las medidas requeridas en cada caso: disciplinarias (incluyendo el inicio de procedimientos tendentes al despido), organizativas, etc. Con frecuencia la medida requerida obligará a un reporte inmediato de los hechos a la alta dirección o a la administración de la empresa.

Sin embargo, no hablamos de un deber estatal de denunciar a las autoridades a quien haya cometido un concreto delito. La persona jurídica como tal está obligada a ejercer el control en su seno para no permitir que se cometan en su seno ciertos delitos, pero no está obligada además a denunciar ante las autoridades a concretos trabajadores. Ciertamente, proporcionar información a las autoridades sobre el autor material del delito en cuestión está contemplado como circunstancia atenuante en el art. 31 bis 4, pero como pura incentivación de un deber cívico. El arcaico *crimen retinentiae* no existe ni para personas físicas ni para personas jurídicas. No estando la persona jurídica penalmente obligada a denunciar a las autoridades al autor del delito, sino sólo de impedir su comisión; tampoco puede delegar sobre nadie tal deber de denuncia.

Así, pues, *el compliance officer* no ostenta un deber especial jurídico-público de denunciar al autor de un delito<sup>23</sup>. Su omisión de denuncia a las autoridades carece de relevancia penal específica. Entre los deberes de su posición se pueden contar deberes de promover un ambiente de cumplimiento, instar de la empresa la interrupción de conductas infractoras, tareas relativas a la detección y prevención de delitos, etc., pero no está obligado a colaborar con la represión penal de conductas por parte del Estado en mayor medida que cualquier otra persona.

Sin embargo, y como hemos visto, un análisis que se detuviese aquí sería defectuoso. Lo cierto es que, dependiendo de las tareas que se le hayan asignado, la posición del responsable de cumplimiento le puede permitir *colaborar en el delito de otros* tan sólo *omitiendo* cumplir con sus deberes. Por ello, en la medida en que la omisión de tales deberes posibilite, favorezca o facilite la comisión del delito (no descubriéndolo, no alertando de su existencia, etc.), cabrá hablar de una responsabilidad penal como partícipe por omisión.

---

<sup>23</sup> BEULKE, *Geppert-FS*, p. 27; BÜRKLE, *Corporate Compliance Zeitschrift* 1/2010, p. 10 y ss., con ulteriores referencias.

Dicho esto, se plantea una cuestión compleja cuando en una empresa se prevé que los administradores rindan cuentas sobre determinados aspectos candentes (por ejemplo: tráfico de influencias, gastos de empresa que pueden encubrir pagos ilícitos, etc.) ante un alto responsable de cumplimiento. ¿Qué tarea le compete a dicho responsable caso de tener indicios de la comisión de uno de estos delitos en beneficio de la empresa por parte de un administrador o varios?

Desde luego, lo primero que debe tenerse en cuenta es que el responsable de cumplimiento responde ante la empresa. Sean cuales sean las tareas que integran su posición, no se trata deberes de evitar delitos asumido ante el Estado sino ante la propia persona jurídica. Las genéricas alusiones a deberes de colaboración con las autoridades no son suficientes.

No puede olvidarse que, al menos para quienes sigan la interpretación objetivista de la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, denunciar la comisión de un delito de un administrador en beneficio de la empresa supone siempre e ineludiblemente una autodenuncia de la propia empresa. En efecto, quienes sostienen que la responsabilidad definida en el inciso primero del art. 31 bis 1 es un puro supuesto de responsabilidad vicarial, obligan a entender que si el Consejo en pleno denunciase a uno de sus miembros por cometer tráfico de influencias, la empresa debería ser condenada, ya que nadie podría borrar lo ya acaecido: que se cumplieron los requisitos del primer inciso del art. 31 bis 1 (comisión del delito por un administrador en beneficio de la empresa). Al no exigir la Circular 1/2011 ningún tipo de culpabilidad de empresa en este criterio de imputación, es difícil para la Fiscalía General del Estado eludir esta errónea conclusión.

Por ello, en estos casos, lo que cabría exigir al responsable de cumplimiento sería informar al resto de los administradores, al menos, en los casos de administración plural. Ahora bien: en los casos de administración unipersonal o en los casos en que, pese a comunicar los hechos a los administradores, éstos deciden no reaccionar y tolerar la comisión continuada del delito, no tiene sentido considerar que el responsable de cumplimiento es el garante último de la conducta de los administradores ante el Estado. En estos casos, pues, probablemente no quepa ni siquiera hablar de una participación del responsable de cumplimiento en el delito de los administradores: su conducta no favorece ni facilita el delito, pues no hay instancia superior en la empresa ante la que debería haber concurrido. El deber de denuncia del *compliance officer* es un deber frente a la empresa,



no frente al Estado (ante quien sólo está obligado a la denuncia impeditiva en los términos del art. 450 CP, como cualquier otra persona).

#### 4.4. Un caso similar: ocultación u omisa denuncia de los responsables de auditoría interna

La posible responsabilidad por el omiso impedimento de delitos se ha planteado también respecto de otros sujetos que tienen una posición similar en la empresa a la del responsable de cumplimiento interno. Así, es controvertida la posible responsabilidad penal de los responsables de auditoría interna por la omisa denuncia de delitos ante la alta dirección o los administradores.

En el Derecho comparado europeo continental cabe hallar alguna resolución llamativa, como la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 17 de julio de 2009<sup>24</sup>. El BGH afirma en esta resolución que el director de auditoría interna *no era garante* de modo general por la evitación de delitos; aunque en un pasaje *obiter dictum* afirma que el *compliance officer*, a diferencia del anterior, sí ostenta posición de garante. En mi opinión, se trata de una afirmación que puede matizarse.

La posición de la auditoría interna es en este punto no tan distinta de la de un responsable de cumplimiento normativo. Habitualmente carente de competencias ejecutivas, una de las funciones fundamentales de auditoría interna es transmitir información a los altos responsables de la empresa. Si omite transmitir información, por ejemplo, sobre un delito en curso o uno que se va a cometer, puede con ello estar colaborando a su ejecución ocultándolo, por lo que cabría hablar de participación delictiva.

---

<sup>24</sup> Ver *NJW* 2009, p. 3173 y ss. Sobre esta polémica sentencia, ver por todos RÖNNAU, Thomas; SCHNEIDER, Frédéric, “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant: Überlegungen zum BGH-Urteil v. 17.7.2009-5 StR 394/08”, en *ZIP-Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht* vol. 31/2, 2010, p. 53 y s.; ROTSCH, Thomas, “Garantenpflicht aufgrund dienstlicher Stellung”, en *Zeitschrift für das juristische Studium* n.º 6, 2009, p. 712 y ss.; STEFFEK, Marc, “Bundesgerichtshof verschärft strafrechtliche Verantwortung von Compliance-Officern”, en *Zeitschrift Risk, Fraud & Compliance* 6/09, p. 249 y ss.; RANSIEK, Andreas, “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, en *Die Aktiengesellschaft* 55 (2010), p. 147 y ss.

Precisamente por estas similitudes, también aquí son aplicables muchas de las consideraciones realizadas *supra* respecto del *compliance officer*; incluyendo su carácter de auxiliar de la administración y la alta dirección<sup>25</sup>.

#### **4.5. Diferencia con la omisión del superior jerárquico: en concreto la omisión del director financiero**

La posición de deber del superior jerárquico en relación la detección y prevención de delitos del personal a su servicio tiene una estructura distinta a la del responsable de cumplimiento. Como hemos visto, el responsable de cumplimiento asume del empresario la dirección y ejecución de cometidos que, en su mayoría, integran el deber de supervisión residual del administrador tras la delegación de funciones. Así, se constituye en un auxiliar de la administración o la dirección de la empresa, al realizar en su nombre dicha supervisión.

Sin embargo, el superior jerárquico (en especial, la alta dirección) es quien dirige o coordina las concretas tareas en las que consiste la actividad empresarial. En ese desempeño, cuenta con el trabajo de distintas personas que actúan bajo su dirección, y sobre quienes delega distintas tareas. Por ello, tras esa delegación conserva sobre ellas en mayor o menor grado un deber de supervisión. De hecho, el Director de una rama o sector de la empresa actúa en términos empresariales *a través* de los trabajadores que actúan a su servicio. Si organiza el trabajo de sus subordinados a sabiendas de que para la consecución de los objetivos empresariales están cometiendo delitos, es perfectamente viable una imputación penal en términos de coautoría (su posición es, pues, idéntica en este punto a la del empresario). Si ignora que se están cometiendo dichos delitos, pero su ignorancia se debe a imprudencia grave, su conducta sería impune, pues

---

<sup>25</sup> *Parcialmente diferente es la posición de los auditores EXTERNOS, en especial en lo que se refiere a posibles delitos de la persona jurídica cometidos frente a terceros mediante la falsificación o maquillaje de las cifras contables. Los auditores externos operan como aval o garantía ad extra de que la información económica ofrecida por la empresa se corresponde con la realidad; y los operadores externos (inversores, bancos, acreedores, posibles socios o partners, consumidores, etc.) orientan sus decisiones económicas atendiendo a ese aval. En esa medida, si un auditor a sabiendas omitiese señalar irregularidades contables que podrían perjudicar a posibles inversores, consumidores, etc... podría estar colaborando con los administradores de hecho o de derecho en un delito de falsedades contables del art. 290 o en un fraude de inversores del art. 282 bis (éste último, imputable a personas jurídicas) siempre que actuase de modo doloso.*

nuestro sistema penal no permite sancionar la participación imprudente en un hecho doloso (distinta sería la situación si hablásemos de una *imprudente no evitación de delitos imprudentes, nos encontraríamos en tal caso*, como se ha expuesto en el apartado 4.1 b, ante una intervención imprudente en un delito culposo). Aquí la posición de garante se deriva de la capacidad de decisión y poder de mando de la alta dirección sobre las personas a su servicio. El empresario delega sobre el alto directivo una posición jurídica que implica, junto con la capacidad de dirección del Departamento, el deber de conducirlo de modo tal que no incurra el delito.

Así, esto sería predicable del Director de Producción o de Calidad y Medio Ambiente que tolere dolosamente la comisión de delitos medioambientales cometidos en provecho de la empresa (para ahorrar costes preventivos); o la del Director Comercial o de Desarrollo de Negocio que tolere dolosamente el soborno de empleados de otras empresas en los términos del tipo del art. 286 bis CP.

Una respuesta matizada merece la posición de los responsables de finanzas o tesorería en relación con el omiso impedimento de pagos ilícitos (como, por ejemplo, pagos destinados a cometer cohecho o corrupción de particulares). Por una parte, su tarea es colateral a la actividad productiva en sentido estricto, por lo que su posición no es exactamente idéntica, por ejemplo, a la del Director de Producción. Sin embargo, no cabe tratarles como a los responsables de auditoría interna o a los responsables de cumplimiento normativo, pues los responsables de finanzas sí tienen funciones ejecutivas; y los pagos que autorizan habitualmente no son pagos cuyo destino haya sido decidido por personal a su servicio, sino por miembros de otros Departamentos.

Nunca ha cabido duda respecto de que la omisión dolosa de estos sujetos ante conductas que atentan *contra los intereses de la empresa* puede generar responsabilidad penal por su intervención omisiva en el delito no impedido, pues se trata de garantes que responden ante la empresa. La cuestión que nos ocupa, no obstante, es la de su responsabilidad por omisión ante conductas delictivas cometidas en provecho de la empresa.

Nuevamente debe subrayarse que los responsables en materia financiera ostentan posiciones de deber especial respecto de ciertos riesgos relativos a pagos ilícitos, pero las ostentan *ante la empresa*: la suya no es una posición jurídico-pública que les obligue a denunciar delitos ante la autoridad. Por ello, cuando se trata de no impedir o no investigar pagos ilícitos para favorecer a la empresa, se plantean dudas sobre si su omisión supone una intervención punible en el

cohecho o sólo la infracción de un deber cívico de denunciar, como el que afecta a cualquier otro ciudadano.

En algunos casos, el no impedimento de este sujeto puede equivaler plenamente a un pago activo o a una colaboración en el pago y, por ello, a una intervención delictiva en el pago ilícito (así, cuando no se impide que pagos con origen en el presupuesto administrado por la propia unidad de gestión se destinen a sobornos; o cuando el no impedimento se acompaña de actividades de aprobación, certificaciones que puedan ser consideradas falsas u otro tipo de documentación que sirva para disfrazar la verdadera finalidad del pago, etc.). Sin embargo, en estructuras empresariales en que el presupuesto se encuentre descentralizado, puede parecer excesivo considerar que los responsables financieros ostentan funciones policiales para evitar que ninguna de las cajas de la empresa realiza pagos ilícitos. Desde luego, y en un supuesto extremo como el propuesto anteriormente en relación con el responsable de cumplimiento, no tendría sentido considerar que cuando es el propio Consejo de Administración de la empresa el que está organizando o tolerando una actividad delictiva, la omisión de comunicación del responsable financiero a los administradores de lo que ya saben pueda generar una responsabilidad penal. En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que los delitos consistentes en pagos ilícitos casi nunca contemplan modalidades imprudentes (son raras excepciones las de los arts. 301.3 o 576 bis.2 CP), por lo que para hablar de delito es necesario que el no impedimento del pago se realice con dolo de estar interviniendo en un cohecho, un acto de corrupción de particulares, una conducta de financiación del terrorismo, etc.



# La privatización de la lucha contra la corrupción

ADÁN NIETO MARTÍN

*Instituto de Derecho penal europeo e internacional*

*UCLM*

## I. LOS MALVADOS FUNCIONARIOS Y LOS EXTORSIONADOS EMPRESARIOS

Históricamente la corrupción fue siempre un asunto de funcionarios públicos o políticos ímprobos que se aprovechaban de su cargo para vender funciones públicas o que incluso, en el peor de los casos, extorsionaban a los particulares haciéndoles pagar por los servicios públicos que debían prestar. Esta es la imagen de la corrupción que se refleja en los Códigos penales europeos del XIX y en cierto modo es aún la imagen de la corrupción que pervive entre los ciudadanos. En las noticias de prensa sobre corrupción o financiación ilegal de partidos, más allá del debate jurídico, la responsabilidad social y moral en los casos de corrupción parece ser exclusiva de los políticos o de los funcionarios públicos.

Esta narración de la corrupción se corresponde con el argumento empresarial: “no me queda otro remedio, si quiero hacer negocios en el país A, tengo que pasar por el aro y sobornar como hace todo el mundo”. Esta forma de pensar, a la que los criminólogos consideran una técnica de neutralización<sup>1</sup>, es enormemente perjudicial y ha conducido a una multiplicación exponencial de la corrupción. El argumento supone asumir que en determinados países la corrupción es una especie de impuesto o de mal necesario que no merece ningún reproche.

---

<sup>1</sup> Cfr. *Matza*, El proceso de desviación, Taurus, 1981. Sobre las técnicas de neutralización y su distinta influencia según nos encontremos en el ámbito del sector público o privado, *Gopinath*, Recognizing and Justifying Private Corruption, *Journal of Business Ethics*, Vol. 83, n.º 3.

Desde las filas del análisis económico del derecho ha habido incluso intentos serios de mostrar cómo la corrupción era funcional para los mercados<sup>2</sup>. Igualmente en los sistemas jurídicos nacionales ha sido fácil encontrar ejemplos que se corresponden con esta idea. En España, hasta la reciente reforma penal del 2010, las penas de la corrupción de funcionarios públicos eran mayores que las de particulares. Igualmente el número de conductas sancionadas como corrupción era mayor en el caso de funcionarios públicos, hasta tal punto que se discutía si el particular que compraba votos en el Parlamento o en una asamblea local cometía un comportamiento delictivo<sup>3</sup>. Pero, sin duda, la mejor expresión de esta concepción “amable” de la corrupción en relación con las empresas era la posibilidad de desgravación fiscal de los sobornos, en algunos países de la UE como Alemania<sup>4</sup>. Lógicamente dentro de esta imagen o narrativa, la corrupción entre privados constituía una excentricidad del legislador.

Sin embargo, desde hace algunos años en el mundo del derecho y de las políticas públicas se observa un cambio de estrategia<sup>5</sup>. La corrupción está pasando a ser “cosa de dos”. La política criminal más reciente ha responsabilizado también a las empresas en la lucha contra la corrupción. La moderna política pública de lucha contra la corrupción se caracteriza porque: (a) exigen a las empresas que adopten medidas internas de prevención de la corrupción y que ayuden al Estado —a su policías, jueces y fiscales— en la investigación y esclarecimiento de los casos de corrupción; (b) les prohíben sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas; (c) en la corrupción interna-

---

<sup>2</sup> Pese a que las teorías funcionalistas han sido objeto de numerosas críticas, la literatura más influyente en materia de corrupción, la proveniente de los economistas neoclásicos, centra su discurso principalmente en los aspectos económicos. Lo que ha contribuido a fomentar un discurso en el que este tipo de argumentos tiene un mayor peso, que aquellos que ven en la corrupción un problema, por ejemplo, de falta de calidad democrática. Al respecto extensamente, *Maroto Calatayud*, *Corrupción y financiación de partidos. Un análisis político criminal*. Tesis doctoral. Ciudad Real. 2012.

<sup>3</sup> Sobre esta cuestión *Nieto Martín*, *La corrupción en el comercio internacional*, en *Estudios de Derecho penal*, coord. Nieto Martín. Ediciones de la Universidad de Castilla la Mancha. Instituto de derecho penal europeo e internacional. Ciudad Real. 2004.

<sup>4</sup> Vid. *Joecks*, *Steuerliche Behandlung der Bestechung*, en Pieth/Eigen, *Korruption im internationalen Geschäftsverkehr*, Lucterhand, 1999.

<sup>5</sup> Vid. los orígenes de este cambio de rumbo en las contribuciones de *Thomas, Heimann y Bierich* a Pieth/Eigen, (not. 4), p. 521 ss.

cional sancionan a las empresas y a sus agentes, desinteresándose de la sanción del funcionario público.

Este trabajo tiene como objetivo mostrar esta nueva estrategia de la lucha contra la corrupción, que se caracteriza en lo regulatorio por ser uno de los ejemplos más claros de ejemplo regulador del *global law*<sup>6</sup>: confluencia de organizaciones internacionales, que trabajan en red con actores públicos y privados (empresas multinacionales) y que utiliza para alcanzar sus objetivos herramientas normativas procedentes del *hard law*, del *soft law* y la autorregulación empresarial.

## II. LOS ORÍGENES: LA FCPA

La aparición de esta nueva política anticorrupción tiene sus orígenes más remotos en la Foreign Corrupt Practices Act (1977)<sup>7</sup> y, puede decirse, que su último fruto es la Bribery Act del Reino Unido (2011).

Tras la II Guerra Mundial en el mundo aparecen un gran número de nuevos Estados como consecuencia del proceso de descolonización. Muchas de las antiguas colonias tenían grandes riquezas naturales que explotar, se encontraban en la necesidad de realizar grandes obras públicas. Tenían incluso ejércitos y policías que equipar, lo que significaba adquirir armas, aviones, submarinos etc. Como en la mayoría de estos países existía una estructura empresarial muy débil y no disponían además de tecnología adecuada para la explotación de sus recursos, la creación de infraestructuras o el suministro de bienes, fueron las grandes compañías multinacionales las que se aprovecharon de este nuevo mercado.

En este contexto se procede un coctel explosivo compuesto por grandes oportunidades de negocios en países con administraciones extraordinariamente débiles, gobernantes autoritarios decididos a expoliar las riquezas nacionales, sistemas jurídicos débiles y empresas mucho más poderosas que los gobiernos que compiten entre sí por el reparto del pastel. El resultado es lo que cono-

---

<sup>6</sup> Sieber, Legal Order in a Global World, en von Bogdandy/Wolfrum, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Vol. 14, 2010.

<sup>7</sup> En lo que sigue y para más detalles me remito a Nieto Martín, La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo). Revista Penal. N.º 11. Julio, 2003.



mos como gran corrupción<sup>8</sup>. Por supuesto, que en países desarrollados también existen problemas de corrupción en negocios de considerable importancia, pero la corrupción en los nuevos países era al menos cuantitativamente mayor y las posibilidades de castigarla mucho menores, entre otras razones porque el sistema judicial era muy débil y no existía una prensa lo suficientemente fuerte y libre para denunciar los desmanes.

En EE.UU. en la década de los 70 y 60 se vive una etapa regeneracionista de la vida económica y política, hija del espíritu de protesta contra la guerra de Vietnam y la lucha por los derechos civiles. En lo que nos afecta, el detonante del proceso de cambio fue el asunto *Watergate* y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas tenían que gastar sumas muy considerables de dólares en pagar sobornos. En este contexto es en el que en 1977 nace la *Foreign Corrupt Practices Act* que es el germen de la política criminal moderna contra la corrupción: es decir de la exigencia al sector privado de que se implique y responsabilice en la lucha contra la corrupción. El rasgo más conocido de esta norma es que se aplica únicamente a la corrupción realizada por el empresario, pero no por el funcionario público que ha cometido el delito. Aunque es una ley destinada a la represión de la corrupción internacional, en realidad su influencia se ha extendido a todo tipo de corrupción.

La FCPA contiene los tres rasgos más importantes de la política actual en materia de corrupción:

El primer vector de cambio es entender que los efectos perjudiciales de la corrupción no radican solo en el daño que generan a la administración pública, sino que altera la competencia y daña a los inversores<sup>9</sup>. Altera la competencia, porque cuando una empresa consigue un contrato gracias a un soborno realiza un comportamiento de competencia desleal en relación al resto de los competidores. Una de las razones que motivó la aprobación de la FCPA y después el Convenio de la OCDE es precisamente la distorsión de la competencia que produce la corrupción. Pero la corrupción afecta también a los accionistas. Las empresas que habían hecho pagos extraordinarios en materia de corrupción arries-

---

<sup>8</sup> *Moody-Stuart*, La gran corrupción, Siddharta, Madrid, 1994.

<sup>9</sup> La puesta en conexión de la corrupción con la pobreza, la necesidad de hacer reformas públicas y los derechos humanos procede, sin embargo, de los autores cercanos al Banco Mundial y al FMI, como forma de justificar su actividad sobre un ámbito en principio tan lejano a sus competencias, *Maroto Calatayud*, (not. 3) op. cit. p. 53 ss.

garon el dinero de los accionistas, sin comunicárselos y poniendo de manifiesto además que su sistema de controles era manifiestamente débil. La prohibición de los sobornos supone un problema de gobierno corporativo, de administración desleal del patrimonio societario<sup>10</sup>. Al proteger la competencia y los intereses de los accionistas mediante una ley con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente, la FCPA constituye uno de los primeros ejemplos de la nueva *lex mercatoria* que surge con la globalización.

La corrupción genera ineficiencia económica por dos razones. La primera es de carácter macroeconómico. La corrupción supone una mala asignación de recursos que frustra la función social de la competencia. Cuando la administración decide otorgar la construcción de un hospital a la empresa que más ha sobornado, está dejando de lado otras ofertas que pueden ser mejores técnicamente. A largo plazo esto supone un perjuicio para todos: la inversión en corrupción es más rentable que la inversión en tecnología. La segunda razón es de carácter microeconómico o de economía de la empresa. El precio del soborno al final lo paga el sobornado. Es el conocido efecto *kick back*. El soborno que ha pagado la constructora por el hospital lo acaba pagando la administración. La corrupción por tanto supone un perjuicio patrimonial para el ente público para el organismo público a que pertenece el sobornado<sup>11</sup>.

Después volveremos sobre alguno de estos argumentos, por ahora me interesa solo subrayar lo siguiente. Si estos son los “nuevos” argumentos que legitiman la lucha contra la corrupción, resulta evidente que son aplicables tanto a la corrupción de funcionarios públicos como a la corrupción de los directivos de una empresa. El daño en términos de ineficiencia económica o de perjuicio patrimonial es similar iguales. Cuanto acaba de indicarse valdría *mutatis mutandis*, si en el ejemplo anterior el hospital fuera de capital privado y no público.

El segundo vector de cambio que introduce la FCPA en la política anticorrupción es corresponsabilizar a la empresas en la prevención de la corrupción, estableciendo un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas que se basa en la idea de que las empresas deben implicarse activamente en la prevención y detección de aquellos hechos delictivos cuyo riesgo de aparición se incre-

---

<sup>10</sup> Marato Calatayud, (not. 3) op. cit., p 43 ss.

<sup>11</sup> Vid. Nieto/Foffani, Administración desleal y gobierno corporativo. Casos y problemas de derecho comparado, Revista Penal. Vol. 17. Enero, 2006.

menta como consecuencia de la actividad que realiza la empresa<sup>12</sup>. Años después este sistema basado en los *compliance programs* sería el acogido por el *Sentencing Guidelines For Organisation Offenders*<sup>13</sup> y de ahí se está extendiendo paulatinamente el resto del mundo. En los países de la UE, la tendencia predominante es que el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se deriva, precisamente, en no haber adoptado medidas de prevención y detección, con el fin de impedir que sus empleados realicen hechos delictivos. La responsabilidad de la persona jurídica es otro de los pilares de la nueva estrategia anticorrupción: la de exigir una implicación al sector privado en la lucha contra la corrupción y no entender que esta es obra de funcionarios públicos desleales.

La tercera novedad que introduce la FCPA es la extraterritorialidad del derecho penal nacional. Cuando los delitos de corrupción se concebían exclusivamente en términos de perjuicio a la administración pública de un Estado, la competencia de cada Estado se limitaba a la protección de la probidad de su propia administración. La estrategia era que cada uno se ocupaba de sus propios funcionarios. Por esta razón, el empresario español que sobornaba a un funcionario polaco en Madrid no cometía ningún delito, tampoco por supuesto y conforme al derecho español si lo hacía en Polonia. Lo que era delito perseguible en España, conforme al principio de protección de intereses, era la corrupción de un funcionario español en Polonia por un ciudadano polaco o por cualquier otra persona. La FCPA rompe con este esquema y sanciona precisamente la corrupción de funcionarios de otros Estados y organizaciones internacionales realizada por empresas norteamericanas o realizada en el territorio de los Estados Unidos.

Cada una de estos puntos se corresponde con la creación de “más derecho penal”: más derecho penal para sancionar la corrupción entre privados, más derecho penal para sancionar penalmente a las personas jurídicas, más derecho penal para sancionar la corrupción realizada fuera del territorio.

---

<sup>12</sup> Cfr. *Woof/Craag*, The US Foreign Corrupt Practices Act: The Role of Ethics Law and Self-regulation in Global Markets, in Craag (ed.), *Ethics Codes, Corporations and the Challenge of Globalization*, 2005, p. 112 aa.

<sup>13</sup> Más detalles en *Gómez Jara*, La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU., Ramón Areces, 2006, p. 63 ss.

### III. LA CORRUPCIÓN ENTRE PRIVADOS

La sanción de la corrupción entre privados en los países de la UE es consecuencia del derecho de la Unión Europea. Es verdad que desde comienzos del siglo XX en algunos países de la UE se sancionaba el soborno de los empleados de empresas privadas, pero estas infracciones apenas si tenían importancia en la práctica. La Acción Común<sup>14</sup>, primero, y la Decisión Marco de la UE<sup>15</sup>, después sobre corrupción en el sector privado han servido como revulsivo para llamar la atención sobre este nuevo tipo de corrupción. Igualmente tanto la Convención del Consejo de Europa sobre la Corrupción (art. 7), como la Convención de Naciones Unidas (art. 21), contienen una previsión similar a la de la directiva europea<sup>16</sup>.

Debido precisamente a la importancia de la legislación supranacional en esta materia resulta especialmente preocupante que ninguno de estos instrumentos tenga una imagen clara de hasta dónde resulta legítima la intervención del derecho penal en este sector. El caso paradigmático es el de la UE. La DM sobre corrupción entre privados planteaba una curiosa forma de transposición a dos velocidades<sup>17</sup>. Hasta 2010 los Estados miembros podían limitar la sanción de la corrupción entre privados a aquellos supuestos en los que “impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales”. Hasta ahora muchos Estados, acogidos a esta previsión, sancionaban, básicamente casos en los que varias empresas competían por ofertar sus bienes o servicios a otra y con el fin de ser los elegidos entregaban un soborno a un directivo o empleado que tenía una función básica dentro

---

<sup>14</sup> Acción Común de 22 de diciembre de 1998, adoptada por el Consejo sobre la base del art. K.3 del Tratado de la UE, sobre corrupción en el sector privado, DOUE L 358, 31-12-1998.

<sup>15</sup> Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, DOUE, L 192, 31.7.2003.

<sup>16</sup> Para una visión de la corrupción entre privados en las convenciones internacionales *Blanco Cordero/De la Cuesta*, La criminalizzazione della corruzione nel settore privato: aspetti sovranazionali e di diritto comparato, en Aquorolli/Foffani, La corruzione tra privati. Esperienze comparatistiche e prospettive di riforma, Milano, Giuffrè, 2003,

<sup>17</sup> Vid. art. 2.3 y 2.4. Esta última previsión es realmente llamativa. El art. 2.3 puede entenderse como una manifestación del principio de fragmentariedad del derecho penal, mientras que el art. 2.4 lo que viene a indicar es que este principio sólo puede aplicarse de manera transitoria.

de este proceso de contratación. Esta conducta es el estereotipo de la corrupción entre privados. El recién introducido art. 286 bis del Código penal debe su tenor literal en buena medida a esta restricción<sup>18</sup>, que se acoge en otros países como Alemania, sin duda el país que más ha reflexionado acerca de los límites del derecho penal en relación a este comportamiento<sup>19</sup>.

A partir de 2010 y tal como se recoge en el Informe de la Comisión sobre la transposición de la directiva<sup>20</sup>, a los Estados se le exige dar un paso más y sancionar la corrupción por el solo hecho de ofrecer un soborno a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales para que infrinja sus obligaciones<sup>21</sup>, en la marco de su actividad profesional. Esta versión amplia de la corrupción de empleados es la que se recoge también en el Convenio de Naciones Unidas y en el Consejo de Europa. Es dudoso que esta concepción amplia resulte compatible con los principios básicos del derecho penal, que en el caso de la UE derivan de la Carta Europea de Derechos Fundamentales<sup>22</sup>. El que el pacto corrupto tenga por objeto algo tan poco delimitado como el “incumplimiento de las obligaciones de naturaleza laboral” no resulta compatible con el principio de determinación, cualquier infracción del contrato de trabajo, incluidas las infracciones a la buena fe, podría ser constitutiva de delito<sup>23</sup>. Este amplio tenor literal impide además

---

<sup>18</sup> Cfr. *Castro Moreno*, Capítulo 13: Corrupción entre particulares, en *Memento Experto, Reforma Penal, 2010*, Ed. Lefebvre, 2010 *Mendoza Buergo*, El nuevo delitos de corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP), *Díaz Maroto y Villarejo* (dir.) Estudios sobre las reformas del Código penal, Thomson, Madrid, 2010

<sup>19</sup> *Tiedemann*, Wettbewerb als Rechtsgut des Strafrechts, Müller-Dietz Festschrift, 2001; el mismo, Schmiergeldzahlungen in der Wirtschaft, Lampe-Festschrift, 2003.

<sup>20</sup> Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, basado en el artículo 9 de la DM 2003/568/JAI del Consejo, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, Bruselas 6.6.2011 COM (2011) 309 final.

<sup>21</sup> Informe de la Comisión (not. 16), p. 2.

<sup>22</sup> Sobre los principios de política criminal básicos del derecho penal europeo, que no son otros que aquellos que proceden de la tradición liberal europea, vid. *Manifiesto para una política criminal europea*, Revista penal, n.º 27, 2001, p. 8 3 ss.

<sup>23</sup> Así expresamente el Consejo de Europa, en el Rapport Explicatif sobre la Convención: “L’incrimination de la corruption dans le secteur privé a pour objet de protéger la confiance et la loyauté sans lesquelles des relations privées ne peuvent exister. Les droits et obligations afférents à ces relations sont régis par le droit privé et sont dans une large mesure déterminés par contrat. Le salarié, l’agent commercial, l’avocat est censé s’acquitter de ses fonctions conformément à son contrat, lequel comporte, expressément ou implicitement, une obligation générale de loyauté à l’égard de son supérieur hiérarchique ou de son mandant-obligation générale de ne pas agir au détriment de ses intérêts. Une telle obliga-

reconocer cuál es el bien jurídico tutelado por la corrupción de empleados. Si hasta el 2010 la Decisión Marco ha permitido a los Estados miembros acoger exclusivamente la competencia desleal como bien jurídico protegido, la nueva redacción nos sitúa en una nebulosa, en la que también puede entenderse protegida el correcto cumplimiento de la relación laboral. Indudablemente este bien jurídico, por sí sólo, no es merecedor de tutela penal. Conforme al principio de *ultima ratio* del derecho penal el derecho del trabajo o el derecho civil poseen elementos suficientes como para asegurar al empleador el correcto desempeño de la relación laboral<sup>24</sup>. Esta nueva orientación político criminal de la corrupción de empleados, supone poner el derecho penal al completo servicio del cumplimiento de obligaciones de carácter civil, algo que resulta incompatible con el principio de fragmentariedad y *ultima ratio* del derecho penal.

Esta crítica no es óbice a que deba reflexionarse acerca de la necesidad de extender la corrupción entre privados a otros sectores, que van más allá de la existencia de una relación laboral<sup>25</sup>. En algunos países de la UE, se sanciona la corrupción en actividades deportivas. Tradicionalmente se pensó que el derecho disciplinario deportivo era suficiente para la protección del juego limpio dentro del deporte. No obstante, la irrupción de la criminalidad organizada en el mundo de las apuestas deportivas, y las grandes sumas de dinero que mueven

---

tion peut, par exemple, être incluse dans les codes de conduite que les entreprises privées développent de plus en plus fréquemment. L'expression 'en violation de ses devoirs' ne vise pas seulement à assurer le respect d'obligations contractuelles spécifiques, mais plutôt à garantir qu'il n'y aura pas de violation du devoir général de loyauté vis-à-vis des affaires ou intérêts de l'employeur ou mandant".

<sup>24</sup> Sobre los distintos modelos del delito de corrupción entre particulares en la UE, vid. Nieto Martín, Revista Penal, Revista Penal, 2002. La comprensión de la corrupción entre privados como un delito que afecta a la buena fe laboral es característica del derecho penal francés, donde esta infracción se regula en la legislación laboral, al respecto Lucas de Leyssac, Il delitto de corruzione dei dipendenti in Francia, en Acquaroli/Foffani (not. 16), p. 101 ss.

<sup>25</sup> El Convenio sobre la Corrupción del Consejo de Europa con el fin de ampliar el tipo de corrupción entre privados a por ejemplo profesiones liberales (corrupción del abogado para que perjudique los intereses de su cliente) habla por ello de entrega de una "ventaja indebida a toda persona que dirige o trabaja para una entidad del sector privado" Con ello, tal como señala en su *Rapport Explicatif*: "Ici encore il s'agit d'une notion très large, qu'il faut interpréter de manière générale; en effet, elle recouvre la relation employeur-employé, mais aussi d'autres types de relations, par exemple relation entre associés, entre l'avocat et son client, et d'autres encore dans lesquelles il n'y a pas de contrat de travail."

estas apuestas en internet, ha decidido por ejemplo al legislador español a su criminalización<sup>26</sup>.

Otro espacio para la reflexión es el de las profesiones cuya función es la emisión de informes u opiniones, en los que confiamos que han sido realizados desde una posición de imparcialidad<sup>27</sup>. El prototipo de este nuevo tipo de corrupción serían los auditores de cuentas. El auditor de cuentas que ha sido sobornado para que exponga una versión amable de la situación financiera de la entidad debe ser sancionado. La sociedad tiene una expectativa legítima que debe ser protegida en la imparcialidad del auditor<sup>28</sup>. Algo semejante ocurre con las agencias de *rating* que califican la deuda pública de los Estados o emiten informes acerca de productos financieros. Sin duda, la emisión de un informe o una noticia falsa constituye en muchos casos un delito de abuso de mercado, pero, al igual que en el caso anterior, existe una expectativa a que actúan de manera imparcial.

El caso de los auditores y las agencias de *rating* sirve para mostrar la tenue línea que separa las actividades públicas de las privadas. En este sentido, para entender el delito de corrupción entre privados debe tenerse presente que su necesidad viene dada por otro importante proceso de privatización. En las últimas décadas, en un proceso que parece no tener fin, la administración pública ha decidido privatizar buena parte de los servicios que prestaba a sus ciudadanos. Antes de 1989 eran funcionarios públicos los que se encargaban de los servicios postales, del teléfono, del transporte, de suministrar las energías básicas etc. A partir de 1989 estas empresas estatales, cuyos empleados eran funcionarios públicos a efectos penales se privatizan. La privatización no ha terminado, sino que avanza por terrenos insospechados. En muchos estados se piensa en privatizar las prestaciones básicas del estado como la salud, la enseñanza, en casi todos los países hay cárceles privadas o son compañías de seguridad privadas las que sustituyen a los ejércitos en Afganistán.

La privatización de las funciones públicas es otra buena razón para contar con un delito de corrupción entre privados, entre otras cosas porque como con-

---

<sup>26</sup> Cfr. *Castro Moreno*, (not., 19), p. 301 ss.; *Mendoza Buergo*, (not. 19), p. 446 ss.

<sup>27</sup> Cfr. Tiedemann, *Manual de Derecho penal económico. Parte General y Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 316.

<sup>28</sup> Sobre la corrupción del auditor de cuentas, vid *Nieto Martín*, *El régimen penal de los auditores de cuentas*, Libro Homenaje a Marino Barbero Santos, In Memoriam, Ed. Universidad de Castilla la Mancha, Vol. II, p. 407 ss.

secuencia de este proceso es muy complejo definir hoy que es un funcionario público a efectos penales. Contar con un tipo de corrupción privada nos obliga a discutir si el médico de una entidad privada a la que la administración deriva pacientes es un empleado público o no lo es, para ver si aplicamos el delito de corrupción pública o privada. Pero nos permite encontrar una sanción en el caso de que una empresa farmacéutica lo haya sobornado para que prescriba sus medicamentos. Algunos ordenamientos han dado un paso más. La *Bribery Act* unifica los delitos de corrupción de funcionarios y de particulares<sup>29</sup>, algo que desde hace tiempo hacían los países nórdicos.

#### IV. LA PREVENCIÓN DE LA CORRUPCIÓN EN LA EMPRESA

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es en realidad un ejemplo de privatización de funciones públicas. La idea que se esconde tras la responsabilidad penal es que la imposición de una pena sirve para motivar a los dirigentes de la persona jurídica a poner en marcha un sistema “policial” interno que impida la comisión de delitos como la corrupción, y que en caso de que se hayan cometido los descubra<sup>30</sup>. La diferencia entre los distintos sistemas de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas es que en unos ordenamientos una vez que se comete el delito por un administrador o un empleado se sanciona indefectiblemente a la empresa, con independencia de los esfuerzos que haya realizado para su prevención. A esta forma de responsabilidad que se sigue por ejemplo en Francia o Alemania la denominamos responsabilidad vicarial.

Mientras que en otros países, como es el caso de Italia, Austria, Estados Unidos o la *Bribery Act* en el Reino Unido, si la empresa ha establecido un sistema de cumplimiento adecuado, no se la sanciona o se le impondrá una sanción atenuada. A este modelo de responsabilidad le llamamos culpabilidad propia de la empresa, porque busca el fundamento de la responsabilidad en un hecho propio de la empresa y no en la infracción cometida por un dirigente o empleado.

---

<sup>29</sup> Bribery Act 2010, Apartado 3, Function or activity to which bribes related.

<sup>30</sup> Para más detalles *Gómez Jara*, La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en Arroyo Jiménez/Nieto Martín, *Autorregulación y Sanciones*, Lex Nova, Valladolid, 2008; *Nieto Martín*, *La responsabilidad penal de personas jurídicas*, Iustel, Madrid, 2008,



Pero repito, con independencia del modelo que se escoja, la finalidad es la misma: solicitar a las empresas que se encarguen de la prevención y del descubrimiento de delitos como la corrupción y que ayuden en esta tarea al Estado. Esta circunstancia ha sido entendida muy bien en el Reino Unido. La *Bribery Act* ha creado un delito autónomo para la persona jurídica denominado “*failure of comercial organisation to prevent bribery*”<sup>31</sup>. Esta infracción sanciona a la empresa en cuyo nombre y beneficio se práctica la corrupción pero permite a la empresa defenderse si prueba que “*had in place adequate procedures designed to prevent persons associated with the comercial organization from undertaking such conduct*”.

Igualmente y aunque, aparentemente desconectadas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la Convención de la OCDE sobre corrupción de funcionarios públicos extranjeros (art. 8) y la Convención sobre corrupción de Naciones Unidas (art. 12), establecen la obligación de que el sector privado adopte medidas de prevención de la corrupción. La Convención de Naciones Unidas solicita incluso a los estados que prevean “sanciones civiles, administrativas o penales, eficaces, proporcionadas y disuasivas en caso de incumplimiento de estas medidas”

La pregunta es cuáles son estas “*adequate procedures*” que van a ayudar al Estado en la prevención y el descubrimiento de la corrupción. En el Reino Unido el Ministerio de Justicia ha publicado unas directrices indicando cuáles son los controles internos que se exigen a las empresas<sup>32</sup> e igualmente existen numerosas guidades que proceden de organizaciones internacionales o de ONGs, que pueden servir de ayuda a las empresas para aprobar sus políticas anticorrupción<sup>33</sup>. Aunque detallar estas medidas desborda los límites de este trabajo, estas a grandes rasgos vienen a ser las siguientes:

---

<sup>31</sup> Cfr. *Monty Raphael*, *The Bribery Act 2010*, Oxford University Press, 2010, p. 57 ss.

<sup>32</sup> Vid. *Ministry of Justice*, *The Bribery Act 2010*, Guidance about procedures which relevant commercial organizations can put into place to prevent persons associated with them for bribing, 2011.

<sup>33</sup> Vid. por ejemplo y sin ánimo de exhaustividad, World Economic Forum, *Partnering Against Corruption Principles for Countering Bribery*, 2005; Transparency International, *Business Principles for Countering Bribery*, Dec. 2002; OCDE; *Guidelines for Multinational Enterprises*, 2011-Edition (Cap VII. Combating Bribery, Bribe Solicitation and Extortion), específicamente sobre corrupción en transacciones económicas internacionales, *Good Practice*, Guidance on Internal Control, Ethics and Compliance, 18.2.2010; ICC, *Combating Extortion and Bribery: ICC Rules of Conduct and Recommendations*, 2005 Edition.

La primera es dejar claro a sus dirigentes y empleados que existe tolerancia cero contra la corrupción. Este es el papel de los Códigos Éticos o políticas anti-corrupción que deben adoptar las empresas. Más allá de los casos indubitados de cohecho propio, fijar en un mundo global que es corrupción no siempre es tarea sencilla, pues existen multitud de usos sociales y actividades, como el mecenazgo, la financiación de partidos políticos o las atenciones con empleados públicos o de otras entidades privadas, dónde no resulta tan sencillo trazar la frontera de lo lícito e ilícito. Por esta razón, las grandes empresas transnacionales están obligadas a señalar a sus empleados reglas claras de comportamiento (Ejemplo: queda prohibido entregar a funcionarios públicos regalos distintos a los que figuren en un catálogo de la empresa) o poner a su disposición canales de consulta (*help desk*) donde puedan aclarar dudas. Dada la complejidad de la materia, y la necesidad de que los empleados interioricen los valores que implica la lucha contra la corrupción, la formación es una herramienta imprescindible en esta materia. No cabe duda, de que las normas internas de las empresas acabarán finalmente integrándose en los tipos penales y deberán ser tomadas en cuenta por el juez para determinar los casos dudosos de corrupción. En otras palabras esta normativa interna viene a rellenar el concepto de adecuación social que tanta importancia juega en la interpretación de los delitos de cohecho.

Los Códigos Éticos o las políticas de empresa deben ir además más allá de las prohibiciones penales, estableciendo normas de flanqueo, que hagan más difícil la aparición de la corrupción. De este modo, y aunque no existan disposiciones legales en la materia, y tal como señala el Convenio de Naciones Unidas (art. 12.2 e) deberían “prevenir conflictos de intereses” impidiendo la contratación, durante un tiempo razonable, de personas que hayan ocupado altos cargos en la administración.

Poner normas no basta para prevenir la corrupción. Resulta necesario además instaurar procedimientos internos dentro de la empresa que contribuyan al cumplimiento de las normas. En concreto esto significa que hay que crear controles para que no pueda sobornarse a funcionarios públicos con bienes o ventajas patrimoniales procedentes de la empresa. Si, por ejemplo, en una entidad hay un gran número de empleados con tarjetas de crédito y el control

---

En la literatura el trabajo más completo es el de Dölling (ed.), *Handbuch der Korruptionsprävention*, Beck, 2007.

sobre los gastos es escaso, hay una fuente de peligro. Igualmente si los procesos de selección de personal son poco transparentes, la ventaja ilícita puede consistir en la contratación indebida de un familiar del funcionario público que debe adoptar una importante decisión acerca de la empresa. Especialmente relevante en la prevención de la corrupción son las normas de contabilidad y auditoría y de control de la contratación, con el fin de prevenir la formación de cajas negras. Tal como indica la experiencia, las cajas negras suelen realizarse utilizando contratos ficticios mediante los que se finge la salida de fondos de la entidad<sup>34</sup>. La existencia de “cajas b” pone de manifiesto que la corrupción en la empresa es una práctica extendida y echa por tierra la credibilidad del resto de las medidas anticorrupción. Implantar un sistema de autorización del gasto o de cuatro ojos en los contratos que se estimen más peligrosos, desde el punto de vista de su posible simulación (vgr. la contratación de empresas consultoras) y una adecuada revisión contable es imprescindible para que efectivos de la empresa se oculten y sirvan para realizar pagos ilícitos<sup>35</sup>.

Una medida extraordinariamente interesante sobre todo en el marco de la corrupción internacional es el control de la honorabilidad de los asesores, por ejemplo abogados que contrata la empresa, los proveedores o los partners de negocios (*due diligence*)<sup>36</sup>. Se trata de un mecanismo similar al de “conozca a su cliente” que opera como mecanismo de prevención del blanqueo de capitales. Muchas empresas por ejemplo no contratan o no hacen negocios con empresas

---

<sup>34</sup> Colombo, Dir Rolle der sachwarzen Kassden in der Vorbereitung eines Bestegungssystems, en Pieth/Eigen, (not. 4), p. 148 ss.

<sup>35</sup> Fue la FCPA quien por primera vez insistió en la necesidad de contar con procedimientos contables adecuados para prevenir la corrupción. El Convenio OCDE en su art. 8 (Contabilidad) y el Convenio de Naciones Unidas en su art. 12 obligan a los Estados firmantes a que tomen las medidas legislativas adecuadas en materia de contabilidad, de mantenimiento de libros y registros o de publicación de estados financieros con el fin de prohibir el establecimiento de cuentas fuera de los libros, la realización de transacciones extracontables o insuficientemente identificadas, el registro de gastos inexistentes, el asiento de partidos del pasivo con una incorrecta identificación de su objeto, así como la utilización de documentos falsos.

<sup>36</sup> Vid. *International Association of Oil & Gas Procedures*, Guidelines on reputational due diligence, Report n.º 355, 2004. El Convenio anticorrupción de Naciones Unidas recoge expresamente esta obligación, art. 12. 2 c) indicando que los Estados miembros deben promover la adopción de medidas como “promover la transparencia entre entidades privadas, incluidas, cuando proceda, medidas relativas a la identidad de las personas jurídicas y naturales involucradas en el establecimiento y la gestión de las empresas”.

que no tienen una política anticorrupción similar. En ocasiones obligan incluso a que se acepten, si quieren hacer negocios, la política anticorrupción de la empresa. Este mecanismo me parece un arma muy poderosa de extensión de la lucha anticorrupción. Si en una zona de África o Asia una gran multinacional obliga a todos sus proveedores y socios, si quieren serlo, a adoptar medidas anticorrupción, esta medida puede ser más efectiva que muchos cambios legislativos.

Las medidas que acabo de señalar tienen que ver como la prevención de la corrupción, pero también es necesario que las empresas se impliquen en su investigación, descubrimiento e incluso en su sanción.

Empiezo por esto último. El Código Ético de una empresa o la política anticorrupción sólo es creíble si es obligatoria y para ello es imprescindible sancionar disciplinariamente a quienes lo infrinjan. A mayor responsabilidad dentro de la empresa mayor y más eficaz debe ser la sanción. Las sanciones laborales tienen un gran carácter intimidatorio. Si el directivo de una entidad es despedido por corrupción, no sólo perderá su empleo sino que además le será más difícil encontrar otro. Sobre todo si las empresas, como empieza a suceder, en su política de contratación de personal evitan contar con personas que tengan un “perfil” peligroso.

Para el descubrimiento de la corrupción es esencial contar con un buen sistema de denuncias internas<sup>37</sup>. La mayoría de los Códigos Éticos de la última generación incorporan un “canal de denuncia” de manera tal que cualquier empleado puede denunciar una infracción del Código. Muchos de los grandes escándalos financieros, por ejemplo Enron, se han descubierto gracias a *Whistleblowers* que han roto la ley del silencio, la *omerta*, que a veces reina en las empresas. Para que existan personas dispuestas a cooperar es necesario una protección penal, que sancione severamente a quien realiza algún tipo de amenazas contra el denunciante como hace la legislación estadounidense, pero también es preciso que la

---

<sup>37</sup> Sobre *Whistleblowing*, desde distintos ángulos, vid *Rodríguez Yagüe*, La protección de los *Whistleblowers* por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales, en Arroyo/Nieto, Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude, Colección Marino Barbero Santos, Cuenca, 2006; *Ragués i Vallés*, Héroes o traidores, Indret 3/2006. Una buena panorámica comparada, planteando los problemas claves, *Martin/Deviard*, Die Implementierung von Whistleblower-Hotlines aus US-amerikanischer, europäischer und deutscher Sicht, CCZ, 6/2009, p. 201 ss.

propia empresa fomente una cultura interna abierta y, sobre todo, que el derecho del trabajo tutele a estas personas.

Una pieza esencial en la organización preventiva de la empresa son las investigaciones internas. Lo normal es que cuando la empresa tiene conocimiento de una irregularidad a través de una denuncia lo investigue internamente. Las investigaciones internas<sup>38</sup>, que se han puesto de moda por ejemplo en Alemania a partir del caso *Siemens*, plantean muchos problemas jurídicos que están por resolver. Mencionaré solo los tres que me parecen más importantes:

El primero de ellos es qué hacer con los resultados de la investigación. En una situación ideal, la empresa que ha adoptado medidas de prevención eficaces y que gracias a ellas ha descubierto un caso de corrupción debería ponerlo en manos del Ministerio Fiscal. Como ha demostrado tener una buena organización preventiva, no debiera ser sancionada. Ahora bien, esta situación ideal no existe en la mayoría de los ordenamientos. La empresa que denuncia un caso de corrupción en la mayoría de los ordenamientos en realidad “confiesa” su infracción y lo más que puede esperar es una atenuación de la sanción.

Un segundo problema, ligado al anterior, es si la empresa al menos puede “controlar” la documentación y los resultados de su investigación. Una reciente sentencia del TJUE —AKZO— señala que los abogados internos (*in haus lawyer*) que realizan una investigación dentro de la empresa no están protegidos por el legal privilegio. Esto quiere decir que, por ejemplo, el Ministerio Fiscal puede requerir toda la investigación y su documentación. La empresa le habría hecho ya el trabajo. La lección que se obtiene de la jurisprudencia del TJUE es que las investigaciones internas deben ser realizadas por abogados externos que gozan del *legal privilege*<sup>39</sup>.

Un tercer problema afecta a los derechos de las personas investigadas internamente. Existe un claro conflicto de intereses entre, de un lado, el derecho del trabajo que obligaría a los empleados a informar de todo aquello relacionado con su actividad en el transcurso de una investigación interna y, de otro, el derecho

---

<sup>38</sup> Cfr. *Moosmayer/Hartwig*, *Interne Untersuchungen*, Beck, München, 2012.

<sup>39</sup> *Tripplett Mackintosh/Angus*, *Conflict in confidentiality: How E.U. Laws Leave In-House Counsel Outside The Privilege*, *The International Lawyer*, 35, 2004. Sobre la sentencia *Akzo*, *Pérez Fernandez*, *The Difficult Relationship Between Restraints to the Attorney Cilen Privilege and Compliance with the Law by Companies*, en *European Criminal Law Review*, 3/2011, p. 274 ss.

de estas mismas personas a no declarar contra sí mismos. Las declaraciones que el empleado hace en la investigación interna, si la empresa decide colaborar, pueden ir a parar a manos del Ministerio Fiscal<sup>40</sup>.

Estos interrogantes que pesan sobre las investigaciones internas deben resolverse cuanto antes. Esta herramienta es central a la hora de articular la colaboración empresa-Estado en la que se basa la nueva estrategia anticorrupción.

## V. LA BRIBERY ACT Y LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LA REPRESIÓN

La tercera característica de la “privatización” de la lucha contra corrupción es la extraterritorialidad del derecho nacional. Esto es, que se pueda castigar la corrupción que tiene lugar más allá de las fronteras, incluso si afecta a funcionarios de otros países u organización nacionales. La estrategia de política criminal que existe tras esta idea es clara: las empresas multinacionales deben exportar sus estándares nacionales de corrupción allí donde hagan negocios, las prácticas locales, por corruptas que sean, no pueden servir de excusa para la corrupción.

No todos los países han articulado de igual forma la aplicación extraterritorial de su derecho. En este punto se ha utilizado el principio de personalidad activa, de acuerdo con el cual puede perseguirse la corrupción del funcionario público extranjero realizada por un nacional con independencia del lugar de comisión. Una de las principales características de las convenciones internacionales, empezando por la de la OCDE, es una interpretación amplia del principio de territorialidad, de modo tal que basta con que una pequeña parte del comportamiento típico se haya cometido en el Estado del cual procede la empresa para considerar que existen competencias. De este modo, aunque la mayoría de los comportamientos de corrupción realizados por una empresa española se hayan realizado, por ejemplo, en Marruecos, bastaría con que una pequeña parte del comportamiento se hubiera realizado en España.

---

<sup>40</sup> Cfr. *Wagner*, Internal Investigations und ihre Verankerung im Recht der AG, CCZ 1/2009, p. 8 ss.; *Schürle/Mary Olbers*, Praktische Hinweise zu Rechtsfragen bei eigenen Untersuchungen im Unternehmen, CCZ 5/2010, p. 178 ss.; *Fritz/Nolden*, Unterrichtungspflichten un Einsichtsrechte des Arbeitnehmers im Rahmen von unternehmensinternen Untersuchungen, CCZ 5/2010, p. 170 ss.

Estos dos criterios presuponen, en cualquier caso, una conexión ya sea por la nacionalidad del autor o por el lugar donde se han realizado los hechos con el Estado donde tendrá lugar el proceso penal, pero resultan ineficaces en muchos supuestos de corrupción internacional, en los que el autor puede ser un intermediario o un directivo regional que no posea la nacionalidad del Estado donde tiene su sede la empresa y dónde no sea posible encontrar ningún nexo territorial. Por esta razón, resultan de gran interés las previsiones de la Decisión marco de corrupción entre privados donde se indica que los Estados miembros deben tener competencias cuando la infracción haya sido cometido en beneficio de una persona jurídica cuya sede se encuentre en el territorio del Estado miembro (art. 7.1 c).

Aunque teóricamente, como vemos resulta sencillo extender la competencia, el problema práctico es la investigación de hechos que ocurren principalmente en el extranjero. La investigación judicial debe acudir siempre a la cooperación judicial, y además en situaciones complejas. Retomando un ejemplo anterior, no es creíble que Marruecos esté dispuesto a cooperar judicialmente con España, si se investiga un caso de corrupción en el que está envuelto un alto funcionario del gobierno marroquí.

Por esta razón, la solución que recientemente ha ofrecido la *Bribery Act* resulta de gran interés. De nuevo, se basa en la privatización de la lucha contra la corrupción. La *Bribery Act* ha creado, como sabemos, una infracción que castiga a las empresas que no previenen la corrupción de manera adecuada. La opción del legislador ha sido aplicar esta infracción extraterritorialmente. Esta decisión facilita mucho las cosas porque ya no es necesario recurrir a la cooperación. De un lado, la sanción de la empresa no se vincula a la sanción de las personas que han actuado. Basta con saber que alguien en nombre de la empresa ha realizado el soborno. A partir de aquí lo decisivo para el proceso es demostrar si la entidad tenía o no un programa de prevención adecuado y para investigar esta cuestión, hace falta poca cooperación judicial<sup>41</sup>. Las cuestiones más importantes deben investigarse en la sede de la empresa localizada en el Reino Unido.

---

<sup>41</sup> Apostando por un estrategia similar en material de medio ambiente, Nieto Martín, Bases para un derecho penal internacional del medio ambiente, en *Exposito/Garcimartín*, La protección de bienes jurídicos globales, Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 15 (2012), p. 158 ss.

Lo espectacular de la *Bribery Act* en este punto es que somete a esta infracción a todas las empresas que realicen negocios en el Reino Unido<sup>42</sup>. Es decir, las empresas españolas que realizan negocios en Londres, están sujetas a esta ley, lo que significa que deben adoptar medidas de prevención y que, en caso contrario, pueden ser castigadas. Dado que las empresas más importantes del mundo realizan negocios en el Reino Unido la *Bribery Act* en realidad ha dado un paso decisivo: de hecho ha instaurado el principio de justicia universal en materia de corrupción pero —y esto es también muy novedoso— centrado en las personas jurídicas.

## VI. VIAJE DE VUELTA: EL PROYECTO DE LEY DE TRANSPARENCIA

Las líneas anteriores han pretendido mostrar los aspectos principales de la nueva política anticorrupción que gira de lo público a lo privado. Ahora bien, al menos en nuestro país, este giro tiene aspectos paradójicos. Las empresas tienen que organizarse y crear mecanismos internos que prevengan la corrupción, pero ¿y qué ocurre con las administraciones públicas?, ¿no sería razonable que la ley les impusiera obligaciones semejantes?, ¿qué contarán con responsables de cumplimiento, con códigos éticos, canales de denuncias, políticas en las que se detallen qué pueden y no pueden hacer los funcionarios públicos?. El Convenio de Naciones Unidas en materia de corrupción dedica gran parte de su articulado (art. 5-11) a la necesidad de establecer medidas de prevención de la corrupción en el seno de las administraciones públicas.

La Ley de transparencia que prepara el gobierno español<sup>43</sup> supone, desde esta perspectiva, un primer paso. El Título III del Proyecto establece los principios éticos para altos cargos de la administración que tienen que sumarse a las medidas de control, que ya figuraban en la Ley 7/2006 de conflictos de intereses de miembros del Gobierno y altos cargos de la administración. Estos principios éticos y de actuación son sin embargo extraordinariamente vagos, tan vagos o más que la mayoría de los principios y valores que se recogen en los códigos éticos de las empresas. Como hemos visto, la nueva estrategia de lucha contra la co-

<sup>42</sup> Bribery Act 7 Failure of commercial organization to prevent bribery, (5).

<sup>43</sup> <http://www.leydetransparencia.gob.es/anteproyecto/index.htm#AR1>.



rrupción exige a las empresas algo más que contar con códigos éticos, les exige concretar y regular pormenorizadamente en su empresa los comportamientos que prohíbe, les exige establecer responsables, les exige formación, canales de denuncias y protección de los *whistleblowers*, medidas de control para elegir proveedores etc. Nada de eso se encuentra en la Ley de Transparencia. En realidad lo que debiera hacer la ley de transparencia es ni más ni menos que trasladar a las administraciones públicas la idea del programa de cumplimiento que están poniendo en marcha las empresas.

Toda corporación pública debiera dotarse de un programa de cumplimiento en materia de corrupción y, cerrando el círculo, su no implantación o implantación eficaz en caso de que se produzca un comportamiento corrupto por alguno de sus miembros, debiera dar lugar a la imposición de sanciones. En algunos países de la UE, por ejemplo Holanda, no es un tabú sancionar a los organismos públicos, y esta idea me parece sugerente. En España por ejemplo los políticos corruptos siguen siendo elegidos por los ciudadanos. Las cosas cambiarían si, como consecuencia de la corrupción, y de la multa impuesta sobre el organismo público este dejara de prestar determinados servicios. Igual que la sanción a la empresa intenta motivar a los socios a preocuparse por las medidas de control de la corrupción, la sanción al ayuntamiento, a la comunidad autónoma o la universidad debiera idealmente motivar a los votantes a exigir compliance programs en las administraciones públicas.

No obstante, y entendiendo que esta idea tiene grandes inconvenientes político criminales, las entidades públicas podrían ser objeto de sanciones no penales, administrativas o disciplinarias, y sobre todo —y esta creo que es la clave— no pecuniarias. Cabe pensar en sanciones reputacionales, como la publicación de la sentencia condenando por “corrupción” a un municipio, o en los casos más graves la intervención o curatela de la entidad pública, a los fines exclusivo de que se supervise la implantación de programas de cumplimiento.

# Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada

MARTA MUÑOZ DE MORALES ROMERO

*Instituto de Derecho penal europeo e internacional*

*Universidad de Castilla-La Mancha*

## I. INTRODUCCIÓN

En países como el Reino Unido<sup>1</sup>, Italia<sup>2</sup>, Japón<sup>3</sup>, Austria<sup>4</sup> o Australia<sup>5</sup>, la existencia de un buen (efectivo) *compliance program* puede llevar directamente

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, en casos de corrupción, vid. The Bribery Act 2010-Guidance, Section 7: Failure of commercial organisations to prevent bribery, p. 33 (disponible en <http://www.justice.gov.uk/legislation/bribery>): ‘(...) the commercial organisation will have a full defence if it can show that despite a particular case of bribery it nevertheless had adequate procedures in place to prevent persons associated with it from bringing. In accordance with established case law, the standard of proof which the commercial organisation would need to discharge in order to prove the defence, in the event it was prosecuted, is the balance of probabilities’.

<sup>2</sup> Vid. D. Lgs. n.º 231/2001, de 8 de junio de 2001. En la doctrina, PIERGALLINI, C.: “Paradigmatica dell’autocontrollo penale, dalla funzione alla struttura del “modello organizzativo” ex D.Lgs. n. 231/2001, artículo presentado en la Jornadas de Estudio del Consejo Superior de la Magistratura sobre el tema: “Le tipologie di colpa penale tra teoria e prassi”, 2830 marzo 2011, disponible en [www.csm.it](http://www.csm.it), y CASTALDO, A./NIZI, G.: “Entity Liability and Deterrence: Recent Reforms in Italy, en *1 Erasmus L. & Econ. Rev. 1*, 2007.

<sup>3</sup> WAGNER, M.: “Corporate Criminal Liability National and International Responses”, en *Background Paper for the International Society for the Reform of Criminal Law 13th International Conference Commercial and Financial Fraud: A Comparative Perspective*, Malta, 8-12 July 1999, p. 6 y “The Compliance Defense Around The World”, martes, 28 de junio de 2011, en *FCPA Professor Blog*, disponible en <http://www.fcpaprofessor.com/category/japan>.

<sup>4</sup> PAULITSCH, H.F.: ‘Die Bedeutung von Compliance im neuen Unternehmensstrafrecht’, en HILF, M./PATETEC, W./SCHICK, P.J./SAYER, R. (eds.): *Unternehmensverteidigung und Prävention im Strafrecht. Verbandsverantwortlichkeit und Risikomanagement am Beispiel von Krankenanstalten*, Ed. Linde, 2007, p. 317 y ss. y “The Compliance Defense Around The World”, op. cit.

<sup>5</sup> El art. 2.5 del Código penal australiano (*Commonwealth Criminal Code Act 1995*) implícitamente tiene en cuenta la existencia o inexistencia del programa de cumplimiento normativo como un factor relevante a efectos de determinar la responsabilidad de las personas jurídicas. En concreto, la sección 12.3(1) imputa a la empresa un delito doloso (*intention* /

a la elusión de responsabilidad penal por parte de la persona jurídica. En otros ordenamientos jurídicos (EE.UU., por ejemplo), y esto es lo más normal, un programa de cumplimiento normativo implica una disminución de la pena o, en fase preliminar, su existencia determina la no adopción de una medida cautelar (por ejemplo, de la prohibición de contratar con el sector público durante un periodo determinado de tiempo).

La reciente incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en España<sup>6</sup> y la posibilidad de que en sede de culpabilidad se pueda tener en cuenta la correcta organización de la empresa de cara a la evitación de ilícitos penales o de otra naturaleza<sup>7</sup>, lleva igualmente a preguntarse acerca de las características que

---

*knowledge*) o imprudente (*recklessness*) cuando sea posible probar que la corporación expresa, tácita o implícitamente autorizó o permitió la comisión del delito. La misma norma indica que se entenderá por “autorización” o “permisión”: bien la prueba de que existía una cultura corporativa en el seno de la empresa en el momento de la comisión del delito que estaba dirigida, facilitaba, toleraba o llevaba al incumplimiento de las normas; o bien la prueba de que la corporación falló en la creación y mantenimiento de una cultura corporativa que requería el cumplimiento de una determinada disposición. Vid. PARKER, C.: “Is there a reliable way to evaluate organisational compliance programs?”, Artículo presentado al *Current Issues in Regulation: Enforcement and Compliance Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with the Regulatory Institutions Network, RISS, Australian National University and the Division of Business and Enterprise, University of South Australia, Melbourne*, 2-3 de septiembre de 2002, p. 6, HILL, J.: “Corporate Criminal Liability in Australian: An Evolving Corporate Governance Technique?”, *Working Paper Number 03-10*, disponible en [http://ssrn.com/abstract\\_id=429220](http://ssrn.com/abstract_id=429220), p. 21: “The practical impact of the Criminal Code approach is that to avoid liability for payment of a bribe by an employee, Australian corporations will need to demonstrate that they have in place effective anti-bribery compliance systems, which they actually maintain and enforce”.

<sup>6</sup> Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, BOE n.º 152, de 23 de junio de 2010. Sobre las características de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país tras la entrada en vigor de la mencionada ley, vid. DÍEZ RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 1, 2012; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la reforma del Código Penal”, en *Diario La Ley*, n.º 7534, 2010; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: “*Societas delinquere potest* (análisis de la reforma operada en el código penal español por medio de la lo 5/2010 de 22 de junio)”, en *La Ley Penal* 76, 2010 y del mismo autor *Aproximación teórico y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el derecho penal español*, 2012.

<sup>7</sup> De esta opinión ya incluso a mediados de los años noventa, NIETO MARTÍN, A.: *Fraudes comunitarios: (Derecho penal económico europeo)*, Ed. Praxis, 1996, p. 208 “(...) el camino correcto estriba en admitir la falta de culpabilidad de la persona jurídica en aquellos supuestos

un programa de cumplimiento normativo debe tener para excluir por completo la responsabilidad penal del ente o cuanto menos para atenuarla<sup>8</sup>. Dado que en nuestro país no existe todavía jurisprudencia al respecto, un análisis de lo acontecido en otros ordenamientos puede ser de gran utilidad. En concreto, la pregunta que se intenta contestar en este trabajo es hasta qué punto la jurisprudencia extranjera puede proporcionar elementos que previstos e implementados correctamente en los programas y códigos empresariales garanticen si no la exclusión de responsabilidad penal del ente al menos sí una atenuación penal.

Con este punto de partida, el presente estudio realiza una primera aproximación a esta cuestión analizando resoluciones judiciales y acuerdos pre-procesales en un sector de la delincuencia muy concreto, la corrupción, con unas características también muy específicas, el ámbito internacional. Sin perjuicio de las oportunas referencias a otros países, el estudio se centra fundamentalmente en los EE.UU. La razón obedece al hecho de ser éste el ordenamiento jurídico con mayor tradición y experiencia en responsabilidad penal de las personas jurídicas y en concreto, en el tratamiento y puesta en consideración de los programas de cumplimiento normativo, por un lado, y al hecho, por otro lado, de que “lo americano” llega tarde o temprano al otro lado del Atlántico<sup>9</sup>.

---

en los que se demuestre que la empresa ha puesto toda la diligencia necesaria para que no se cometan ilícitos en su interior”. Más recientemente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: *La culpabilidad penal de la empresa*, Ed. Marcial Pons, 2005, p. 153 y ss. y p. GÓMEZTOMILLO, M.: “Imputación objetiva y culpabilidad en el Derecho penal de las personas jurídicas. Especial referencia al sistema español”, en *Revista Jurídica de Castilla-León*, n.º 25, septiembre de 2011, p. 77.

<sup>8</sup> En la doctrina existen algunos autores que son partidarios de atribuir efectos excluyentes de la responsabilidad societaria a los programas de cumplimiento normativo preexistentes a la comisión del delito. Vid. BACIGALUPO SAGESSE, S.: “Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”, en *Diario La Ley* 7541, 5 de enero de 2011, pp. 28-30; DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Memento Experto Reforma Penal 2010*, Santiago, Francis Lefébvre, 2010, pp. 34-35. Otro sector importante de la doctrina, en cambio, interpreta que tal y como está regulada la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el CP español, los programas de cumplimiento normativo sólo pueden tenerse en cuenta como circunstancia atenuante y únicamente con efectos a futuro, es decir, una vez que se ha cometido el delito. Así, NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, op. cit., p. 178, DÍEZ-RIPOLLÉS, J.L.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación española”, op. cit., p. 28.

<sup>9</sup> Es lo que Adán NIETO ha denominado “americanización del Derecho económico y penal económico europeo”. Vid., a este respecto, NIETO MARTÍN, A.: “Americanización

Como primera conclusión, puede adelantarse ya que es realmente poco útil la jurisprudencia analizada, quizás porque los jueces no disponen de una gran especialización en materia de Derecho penal preventivo corporativo. Esta falta de experiencia y conocimiento específico está vinculada al hecho de que los jueces y tribunales penales han prestado tradicionalmente poco interés a las distintas características o elementos del programa que fallaron y que, por tanto, dieron lugar a responsabilidad penal en un caso particular. De hecho, los tribunales no evalúan en profundidad todos los elementos del programa de cumplimiento normativo relevantes para determinar si la empresa actuaba de manera efectiva en el marco del mismo<sup>10</sup>. En otras palabras, no llevan a cabo una completa evaluación acerca de si la organización empresarial tenía en el momento de la comisión del delito un programa efectivo de cumplimiento normativo capaz de evitar y detectar violaciones. Por el contrario, lo que suele ocurrir es que, sin entrar en pormenores, bien imponen penas menos graves a aquellas compañías que pese a tener programas de cumplimiento normativo no son efectivos siendo prueba de ello la comisión de delitos, bien no aplican ningún tipo de atenuación cuando la empresa ni siquiera dispone de uno<sup>11</sup>. De hecho, la praxis demuestra que la mayoría de empresas son castigadas por no disponer de programas de cumplimiento normativo efectivo. Sin ir más lejos, en los EE.UU., país en el que la responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha implementado ampliamente, no existe virtualmente ninguna compañía que habiendo sido condenada se haya juzgado su programa adecuado<sup>12</sup>. Además, durante el periodo comprendido entre 1996 y 1999, sólo tres empresas obtuvieron una atenuación de la responsabilidad penal por tener un programa de cumplimiento efectivo<sup>13</sup>. Finalmente, debe tenerse en cuenta que “ningún

---

o europeización del derecho penal económico?”, en *Revista Penal*, vol. 19, enero de 2007 y “Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación”, en *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, n.º 5, 2008.

<sup>10</sup> GRUNER, R.S.: “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability: Transforming Corporate Organizations into Private Policing Entities”, en PONTELL, H.W./GEIS, G. (eds.): *International Handbook of white-collar and corporate crime*, Springer, 2007, p. 299.

<sup>11</sup> GRUNER, R.S.: “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability...”, op. cit., p. 299.

<sup>12</sup> U.S. Sentencing Commission, *Annual Sourcebooks (1996-2010)*, disponible en [http://www.ussc.gov/Dataand\\_Statistics/archives.cfm](http://www.ussc.gov/Dataand_Statistics/archives.cfm).

<sup>13</sup> MCCONNELL, R.D./MARTIN, J./SIMON, C.: “Plan now or pay later: The role of compliance in criminal cases”, 33 *Hous. J. Int'l L.* 509 2010-2011.

programa de cumplimiento normativo sirve para prevenir cualquier tipo de actividad criminal<sup>14</sup>.

De la misma opinión son algunas comisiones de codificación y reforma legislativa como la *New South Wales Law Reform*. De acuerdo con este órgano australiano, “no están nada claros (...) los factores que deben tener en cuenta los jueces y tribunales para determinar el grado de efectividad de un programa de cumplimiento normativo<sup>15</sup>. Lo único que no admite duda es que la mera existencia de un programa de cumplimiento normativo no es suficiente<sup>16</sup>. Dicho en otras palabras, la presencia de un *compliance program* que más que ser algo real es mera fachada, no sirve ni para exonerar la responsabilidad penal de la corporación ni para atenuarla<sup>17</sup>.

La exclusión o atenuación de responsabilidad penal es solo posible si el programa de cumplimiento normativo de la empresa es una exitosa herramienta de dirección y gestión que demuestra la capacidad para prevenir, detectar y remediar incumplimientos que puede ocurrir en el día a día de los negocios empresariales<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Vid. *In re Caremark International, Inc. Derivative Litigation*, 698 A.2d 959, 970 (Del. Ch. 1996); vid. también DAN K. WEBB/ROBERT W./MOLO, S.: *Corporate Internal Investigations*, CORP II App. K, pt. 7 (2006). Esa es igualmente la opinión que aparece en el *United States Attorneys' Manual (USAM)-Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, sección §9-28.800 (1997) disponible en <http://www.justice.gov/opa/documents/corp-charging-guidelines.pdf>.

<sup>15</sup> *Report 102 (2003)-Sentencing: Corporate offenders-Corporate compliance Systems*, &4.35.

<sup>16</sup> En el mismo sentido también vid. la FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO en su “Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por LO 5/2010”, 2011, pp. 38-39 y pp. 48-50: “Existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica”.

<sup>17</sup> Así también en la doctrina, KLEBE TREVINO, L.: ‘Corporate Misbehavior by Elite Decision-Makers’, en *70 Brook. L. Rev.*, 2005, pp. 1195, 1202; ZIEGLER, R.F.: ‘New Obstacles in Setting the Tone at the Top... and Some Solutions’, 2008, p. 7, disponible en [www.cebc-global.org/KnowledgeCenter/Publications/EthicalLeadership/NewObstaclesInSettingTheToneAtTheTop.pdf](http://www.cebc-global.org/KnowledgeCenter/Publications/EthicalLeadership/NewObstaclesInSettingTheToneAtTheTop.pdf).

<sup>18</sup> *Australian Competition and Consumer Commission v Australian Safeway Stores Pty Ltd* (1997) 75 FCR 238.

Esta inseguridad en los factores o elementos concretos que la jurisprudencia tiene en cuenta es también una constante en los casos de corrupción internacional. De nuevo aquí, una ojeada a los EE.UU. basta para darse cuenta de la escasa orientación que se deriva del *case-law*. En este país sólo hay dos casos de corrupción internacional que hayan llegado a juicio. El primer caso tuvo lugar a principios de los años noventa. Se trata del *caso Harris*<sup>19</sup>. La empresa y sus managers autorizaron la obtención de contratos de telecomunicaciones en Colombia a cambio del pago de comisiones a un miembro de la Cámara de representantes (CDR) de dicho país. El juicio finalizó con la absolución de la compañía así como de las personas físicas perseguidas, si bien la absolución no se fundamentó en la existencia o inexistencia de un programa de cumplimiento normativo. Es más ni siquiera se hizo mención a esta cuestión en el pronunciamiento. El segundo caso, *Lindsey Manufacturing Co.*, es muy reciente. La empresa fue condenada por violar la *Foreign Corruption Practices Act (Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero*, en adelante FCPA) en mayo de 2011 pero los imputados (incluidos la empresa) consiguieron en fase de recurso la absolución por vicios procesales. Tampoco aquí se hizo referencia alguna a la existencia o inexistencia del programa de cumplimiento normativo.

La situación tampoco cambia mucho en otros ordenamientos jurídicos. De nuevo aquí el punto de partida es exactamente el mismo: hay muy pocos casos de corrupción internacional que hayan llegado a un juicio final y menos aún a sentencia firme. Y en aquellos casos en los que existe algún tipo de resolución se vuelve a constatar un análisis muy fragmentario del programa de cumplimiento normativo por los jueces y tribunales.

## II. CRITERIOS DE EFECTIVIDAD EN LAS DECISIONES JUDICIALES

Evidentemente existen algunas excepciones a esta tendencia como son la *Ordinanza di applicazione di misura interdittiva* así como la *Ordinanza del Tribunale di Milano*, ambas adoptadas en abril de 2004 en relación al caso *Siemens AG* in-

---

<sup>19</sup> Vid. *U.S. v. Harris Corporation, John D. Iacobucci, and Ronald L. Schultz*, No. 3:90-cr-00456 (N.D. Cal. 1990), 31 de agosto de 1990.

vestigado, entre otras<sup>20</sup>, por autoridades judiciales italianas. Aunque no se trata de un caso de corrupción internacional *strictu sensu*, pues se corrompió a funcionarios italianos, ni tampoco de sentencias definitivas ni condenatorias, sino de decisiones judiciales sobre la imposición de medidas cautelares, su estudio es interesante, entre otras razones, por ofrecer algunas pautas a tener en cuenta en la configuración del programa de cumplimiento normativo.

En la primera de la *ordinanzas* mencionadas, el giudice *per le indagini preliminari* (una especie de juez de instrucción en Italia) ordenó una medida cautelar consistente en la prohibición para contratar con el sector público por un periodo de un año. La medida se confirmó posteriormente por el juez en materia de medidas cautelares (en adelante juez cautelar) cuya resolución es la segunda de las *ordinanzas* indicadas.

Ambas autoridades judiciales se centraron en el programa de cumplimiento normativo de Siemens AG para adoptar la inhabilitación como medida cautelar. Y ambas concluyeron no sólo que la empresa no había actuado en el marco de un programa de cumplimiento efectivo sino que además había actuado como cómplice o inductor de la conducta delictiva consistente en el pago de comisiones para conseguir la adjudicación de contratos en países extranjeros<sup>21</sup>. Para identificar los fallos del programa de cumplimiento la autoridades judiciales italianas tuvieron en cuenta las denominadas *Linnee guida per la costruzione dei modelli di organizzazione, gestione e controllo* elaboradas por *Cofindustria* en marzo de 2002<sup>22</sup>, así como las *US Sentencing Guidelines*<sup>23</sup>. De manera concreta, las autoridades ju-

---

<sup>20</sup> La empresa Siemens tiene el dudoso honor de haberse visto implicada en un escándalo de corrupción internacional a gran escala siendo investigada en varios países. Así, es conocida la cooperación entre las autoridades alemanas y americanas para llegar a la firma de acuerdos en vía civil con la SEC estadounidense, así como un acuerdo de conformidad ofrecido a la corporación el 15 de diciembre de 2008. Sobre el caso Siemens y sus múltiples ‘aventuras judiciales’, vid. los dossiers de *Trace Compendium* disponibles en <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=124> y en <https://www.traceinternational2.org/compendium/view.asp?id=350>.

<sup>21</sup> En este caso en cuestión, uno de los sujetos implicados, el Sr. DIETRICH, era incluso el manager de la corporación, lo cual demuestra que los actos dolosos son igualmente expresión de la *voluntas societatis*.

<sup>22</sup> Disponibles en: <http://www.confindustria.it/Aree/lineeg.nsf/All/1F77A3860529403EC125742600577C2B?openDocument&MenuID=572E9F6FDD21FCBCC1256F90002FB00E>

<sup>23</sup> Vid. *United States Sentencing Guidelines Manual* § 8B2.1, pts. a, b, and c (2004).



diciales italianas consideraron que el programa de cumplimiento normativo de Siemens AG había fallado por las siguientes razones:

- El *modus operandi* de la conducta delictiva: en la cadena de distribución siempre participaba una tercera parte que impedía el control y la individualización de la fuente del pago corrupto;
- La reincidencia del comportamiento delictivo, es decir, la reiteración de los pagos ilegales y de las comisiones.
- La existencia previa de fondos disponibles usados con fines delictivos que desembocan en la ineffectividad del programa de cumplimiento normativo no sólo porque los órganos encargados de verificar la aplicación del derecho no hicieron nada cuando el delito fue detectado<sup>24</sup>, sino también porque el *modus operandi* del comportamiento delictivo se reforzaba mediante la creación de dinero negro.
- La posición dentro del organigrama de la empresa de los ejecutores del hecho delictivo, la mayoría de ellos managers, y el hecho de que los delitos fuesen cometidos por las mismas personas.
- La falta de modificación del programa de cumplimiento una vez detectado el delito. El hecho es más grave aún si se tiene en cuenta que transcurrieron muchos meses desde que el delito se descubrió sin que se adoptase ninguna acción tendente a remediar futuros delitos y sin que se revisase el programa de cumplimiento normativo ya existente<sup>25</sup>. En concreto, la empresa no implementó sistemas de formación, ni concedió incentivos por buen comportamiento, ni instauró procedimientos de evaluación del riesgo (*risk assessment procederes*), ni canales

---

<sup>24</sup> Aquí se aprecia la influencia de las *US Sentencing Guidelines* (disponibles en [http://www.ussc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/index.cfm](http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/index.cfm)). En esta guía para sentenciar y determinar la pena el fallo se detecta en la pasividad de la empresa en relación a la conducta delictiva y en a la falta de control respecto a la implementación y efectividad del programa de cumplimiento y del código ético.

<sup>25</sup> De nuevo recurriendo a las *US Sentencing Guidelines* el fallo o defecto de organización se detecta en que “tras detectar la comisión del delito, la organización no dio ningún paso tendente a responder apropiadamente ante la conducta criminal y evitar su comisión en el futuro”.

de información dentro de la corporación, etc.<sup>26</sup>. Además, no previó los recursos financieros que debían consagrarse a la prevención de infracciones penales.

- Siemens AG tampoco impuso ninguna sanción disciplinaria a los autores.
- Finalmente, pero no por ello menos importante, se dejó patente la incorrecta anotación de los fondos en los libros de registro.

Las resoluciones italianas analizadas ofrecen elementos claves que sirven para determinar la ineffectividad de un programa de cumplimiento normativo. Pero, ¿realmente ofrecen estas pautas medidas específicas que las empresas puedan adoptar para así estar tranquilas y saber que no serán expuestas a un procedimiento penal? Tan sólo se menciona que el programa de cumplimiento normativo preexistente a la comisión del delito no fue efectivo y que por eso exigía mejoras en el sentido antes mencionado. Pero más allá de las carencias que se resaltan en la decisión judicial, no se ofrecen mayores detalles a las empresas, dejando con ello un amplio margen de apreciación a la hora de determinar qué medidas y acciones específicas deben llevar a cabo para cumplir los requerimientos legales o las directrices que sirven de guía a los jueces a la hora de aplicar las penas como son las *Sentencing Guidelines* de los EE.UU.

Aunque este *self restraint* judicial pueda valorarse quizás de manera positiva, en cuanto evita una sobre regulación de un espacio dejado a la libertad de configuración de cada empresa, lo cierto es que sigue aportando muy poca seguridad jurídica a las empresas a la hora de confeccionar sus programas de cumplimiento<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> En palabras de las *US Sentencing Guidelines*, no estableció programas de formación efectivos ni canales de comunicación de sus estándares corporativos aplicables ni procedimientos de esta naturaleza.

<sup>27</sup> En general, vid. GRUNER, R.S.: “Preventive Fault and Corporate Criminal Liability...”, op. cit., p. 299. Concretamente en los EE.UU., vid. WELLNER, P.A.: “Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions”, en *27 Cardozo L. Rev.* 2005-2006, p. 512: “The virtual absence of cases that present courts with the task of evaluating the effectiveness of a compliance program means that there simply is not any established precedent to guide corporations and the compliance industry”.

### III. CRITERIOS DE EFECTIVIDAD EN ACUERDOS CON EL MINISTERIO FISCAL

Dado que la jurisprudencia a grandes rasgos no aporta grandes pistas, resulta necesario extender el ámbito de estudio a otro tipo de resoluciones como son los acuerdos pre-procesales, sobre todo los *Deferred prosecutions agreements* (en adelante DPAs) y *Non-prosecution agreements* (en adelante NPAs)<sup>28</sup> muy extendidos en los EE.UU. a nivel general en materia de responsabilidad penal corporativa y, más aún si cabe en casos de *corrupción internacional*. A nivel general, la afirmación se constata con las conclusiones de un reciente informe del *Ethics Resource Center* (en adelante ERC)<sup>29</sup>, en virtud del cual los fiscales son cada vez más proclives a resolver los casos responsabilidad penal corporativa a través de DPAs o NPAs<sup>30</sup>. En relación a casos de corrupción internacional, la afirmación se corrobora igualmente por no haberse llevado a juicio en las últimas dos décadas a ninguna corporación, ni grande ni pequeña, por violación de la FCPA<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> *Deferred Prosecution Agreements* (“DPAs”) y *Non-Prosecution Agreements* (“NPAs”) son una especie de contratos pre-procesales firmados con el gobierno —normalmente el Departamento de Justicia— y un potencial imputado. Si la fórmula elegida es un DPA, la fiscalía presenta cargos penales contra la compañía pero deja en suspenso la persecución hasta que ésta satisface los términos del acuerdo. En el caso de los NPAs la fiscalía no presenta cargos contra la compañía siempre y cuando cumpla las sanciones específicas que se le han impuesto. En ambos casos el resultado es el mismo: una sanción pecuniaria significativa (aproximadamente de un millón de dólares) y la no condena penal para la compañía.

<sup>29</sup> El ERC es una organización sin ánimo de lucro americana dedicada a la investigación independiente y al establecimiento en el marco de las instituciones públicas y privadas de altos estándares éticos y buenas prácticas. Vid. <http://www.ethics.org/>.

<sup>30</sup> *The Federal Sentencing Guidelines for organizations at twenty years: A Call to Action for More Effective Promotion and Recognition of Effective Compliance and Ethics Programs*, Ethics Resource Center, 2012, p. 3 (disponible en [www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf](http://www.ethics.org/files/u5/fsgo-report2012.pdf)).

<sup>31</sup> Vid. *A Gesture of Justice*, disponible en <http://www.fcpcbog.com/blog/2010/2/10/a-gesture-of-justice.html>, THE FCPA BLOG (Feb. 9, 2010, 5:27 pm). Para cifras concretas, vid. KOEHLER, M.: “The Facade of FCPA Enforcement”, en *Georgetown Journal of International Law*, Vol. 41, n.º 4, 2010, p. 932. En efecto, desde hace más de dos décadas las violaciones a la FCPA realizadas por empresas se han resuelto a través de NPAs, DPAs, acuerdos de conformidad (o una combinación de ambos) o bien a través de acuerdos con la SEC al margen de la responsabilidad penal. En el mismo sentido, KING, K.M./SULLIVAN, W.M.: “Vigorous FCPA Enforcement Reflects Pursuit of Foreign Bribery”, en 5 (3) *Atlantit Coast in-House*, Marzo 2008, p. 19 y las Declaraciones de H.M. MUKASEY, antiguo juez y fiscal general; de G. TERWILLIGER, Socio de White & Case L.L.P. y antiguo diputado de la fiscalía general, en *Foreign Corrupt Practices Act: Hearing Before the Subcomm. on Crime, Terrorism,*

La fase pre-procesal es relevante por varias razones. En primer lugar, porque la evaluación positiva de un programa de cumplimiento normativo puede desembocar en la decisión de la fiscalía de dirigirse sólo contra los empleados<sup>32</sup>. En segundo lugar, porque los acuerdos de esta naturaleza imponen sanciones más o menos severas dependiendo de cómo de bien esté diseñado y ejecutado el programa de cumplimiento normativo.

La primera vez que se empezaron a utilizar los *compliance programs* como condición para la firma de un DPA o de un NPA fue en 1993, en concreto en el caso *Armour of America*<sup>33</sup>. El segundo caso de DPA de importancia se firmó con Prudential Securities for securities fraud (en adelante acuerdo *Prudential*)<sup>34</sup>. *Prudential* no fue a juicio porque la corporación había iniciado una serie de mejoras y reformas para instaurar en el seno de la empresa una cultura de cumplimiento apropiada y unificada. Estas mejoras y reformas consistían en la ampliación del departamento de cumplimiento normativo a 95 empleados y en la dotación de un presupuesto anual de 10.4 millones de dólares; la creación de un grupo de gestión del riesgo compuesto por ejecutivos senior que informasen al consejo de administración de la empresa para coordinar las funciones legales y de cumplimiento; el establecimiento de un comité de revisión de las actividades empresariales para evaluar sistemáticamente todas las transacciones realizadas; la mejora de los sistemas de formación a través de la inyección de dinero (70.000 dólares para cada asesor financiero y 10 millones de dólares en medios e instalaciones para llevar a cabo dichas actividades formativas); y en la mejora de los programas de auditoría para detectar e impedir comportamientos ilícitos<sup>35</sup>.

---

*and Homeland Security of the H. Comm. on the Judiciary*, 112<sup>th</sup> Congres (2011), disponible en [http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/112-47\\_66886.PDF](http://judiciary.house.gov/hearings/printers/112th/112-47_66886.PDF).

<sup>32</sup> Cuestión distinta es si el hecho de huir de la vía judicial es apropiada. Muy críticamente sobre los DPAs y NPAs como jurisprudencia *de facto*, vid. KOEHLER, M.: “The Facade of...”, op. cit., p. 998.

<sup>33</sup> Deferred Prosecution Agreement *United States v. Armour of America* (C.D. Cal. Dec. 29, 1993).

<sup>34</sup> Carta de Mary Jo WHITE, U.S. Attorney for S.D.N.Y., a Scott W. MULLER & Carey R. DUNNE, Consejeros de Prudential (27 de octubre de 1994).

<sup>35</sup> Vid. MCCONNELL, R.D./MARTIN, J./SIMON, C.: “Plan now or pay later...”, op. cit., p. 562 y 563.

Con el paso de los años los DPAs y los NPAs son cada vez más detallados<sup>36</sup>, contando incluso los fiscales con un manual de persecución (USAM)<sup>37</sup> que, en sintonía con el *US Sentencing guidelines*<sup>38</sup>, proporciona a los fiscales federales una serie de pautas o factores a tener en cuenta a la hora de decidir si presentan o no cargos frente a la empresa.

Los DPAs y NPAs normalmente confirman la insuficiencia del programa de cumplimiento normativo preexistente pese a haber sido concebido en principio para detectar y prevenir delitos previstos en la FCPA, en leyes anticorrupción, leyes comerciales, etc., como consecuencia de sus operaciones y las de sus filiales, empresas conjuntas (*joint ventures*) y aquellos otros contratistas y subcontratistas que intervienen en su actividad empresarial<sup>39</sup>. Esta circunstancia lleva a la empresa casi siempre a consentir bien la adopción de un nuevo programa de cumplimiento normativo, bien la modificación de sus controles, políticas y procedimientos internos<sup>40</sup>.

Más específicamente, las medidas que a partir de estos acuerdos deben introducir o modificar las empresas podrían agruparse en cuatro bloques<sup>41</sup>: (1) la existencia de un código de conducta (un código ético) y de sistemas de formación designados para formar a los empleados sobre la existencia de dicho código, incluyendo la certificación para los empleados que hayan recibido una formación apropiada; (2) el nombramiento de un oficial o jefe de cumplimiento normativo (CCO) con recursos propios y con una línea directa de contacto

---

<sup>36</sup> Sobre el número de DPAs o NPAs que exigieron explícitamente medidas de cumplimiento como parte de las reformas a realizar por la compañía, vid. MCCONNELL, R.D./MARTIN, J./SIMON, C.: "Plan now or pay later...", op. cit., p. 565 ss.

<sup>37</sup> Vid. el *United States Attorneys' Manual (USAM)* sección 9-28.000. El manual está disponible en [http://www.justice.gov/usao/eousa/foia\\_reading\\_room/usam/title9/28mcrm.htm](http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/28mcrm.htm).

<sup>38</sup> Una versión actualizada de las mismas está disponible en [http://www.uscc.gov/Guidelines/2011\\_Guidelines/index.cfm](http://www.uscc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/index.cfm).

<sup>39</sup> Vid. *Deferred Prosecution Agreement United States of America v. Baker Hughes Incorporated*, abril 2007, p. 8; *United States of America v. Tidewater Marine International, Inc.*, *Deferred Prosecution Agreement*, noviembre 2010, p. 13; *United States of America v. Aibel Group Limited*, *Deferred Prosecution Agreement*, 2007, p. 6; *United States of America v. Transocean Inc.*, *Deferred Prosecution Agreement*, octubre 2010, p. 13.

<sup>40</sup> Vid. *Helmerich & Payne, Inc.*, *Non Prosecution Agreement*, 2009, p. 10; *United States of America v. Snaprogetti Netherlands B.V.*, *Deferred Prosecution Agreement*, 2010, p. 42.

<sup>41</sup> Para desarrollar esta parte se ha seguido muy de cerca el análisis de MCCONNELL, R.D./MARTIN, J./SIMON, C.: "Plan now or pay later...", op. cit., p. 569.

con la junta directiva o con el director ejecutivo (en adelante, por sus siglas en inglés, CEO-*Chief Executive Officer*); (3) la existencia de un sistema de control y de procedimientos internos bajo la vigilancia del CCO y diseñados para asegurar el descubrimiento de los comportamientos ilícitos; (4) el establecimiento de un canal de denuncias, por ejemplo a través de correos electrónicos controlados por el CCO que aseguren que los trabajadores pueden denunciar con exactitud y a tiempo cualquier comportamiento sospechoso; (5) la necesidad de que el programa de cumplimiento sea revisado periódicamente por auditores externos<sup>42</sup>.

Los casos *ABB DPA*<sup>43</sup>, *Tidewater DPA*<sup>44</sup> y *Snamprogetti Netherlands B.V. DPA*<sup>45</sup> son un reciente exponente de este tipo de acuerdos. Todos ellos versan sobre corrupción internacional y detallan algo más alguno de los aspectos generales antes mencionados.

En relación al Código Ético los acuerdos coinciden en que ha de estar claramente articulado y mostrar la política de la empresa frente a cualquier conducta ilícita. En este sentido, se ha impuesto la idea, a su vez derivada de las *US Sentencing Guidelines* y del *USAM*, de que el código de conducta debe promover una cultura dentro de la organización<sup>46</sup> que vaya más allá del mero aseguramiento del cumplimiento normativo. Se trata pues de conseguir que los trabajadores asuman los valores empresariales para así lograr la instauración de una cultura de respeto a la legalidad<sup>47</sup>. Igualmente se señala que el Código debe estar dirigido

<sup>42</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, op. cit., p. 44.

<sup>43</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. ABB Ltd.*, No. H-IO-665 (S.D. Tex. Sept. 29, 2010).

<sup>44</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. Tidewater Marine International, Inc.*, noviembre 2010.

<sup>45</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, No. 4:10-cr-00460, (S.D. Tex. Jul. 07, 2010).

<sup>46</sup> Resaltando este aspecto de los *compliance programs*, vid. KAPLAN, J.M.: “Sentencing Guidelines 2.0.: The Next Generation in Compliance Programs (corporate compliance programs, compliance guidelines), en *Corporate Governance Advisor*, nov. 2004, p. 11. En materia anticorrupción, vid. también la Guía promulgada por la *Serious Fraud Office* del Reino Unido, *Approach of the Serious Fraud Office to dealing with Overseas Corruption* (July 2009). En ella se especifica que el programa de cumplimiento normativo no es un mero “papel”, sino como algo capaz de instaurar una cultura anticorrupción en la empresa apoyada de manera plena y visiblemente por los más altas esferas de la corporación.

<sup>47</sup> Y es que un código de conducta no resulta creíble si sólo fomenta el cumplimiento estricto de la legalidad descuidando los principios rectores del ambiente de trabajo, la política de promociones o de reclutamiento, o sin promover la transparencia y el diálogo en la forma

a todos los trabajadores de la empresa y reflejar visiblemente el compromiso y apoyo explícito por parte de los *senior managers*. El código de conducta debe incluir también las sanciones disciplinarias que pueden imponerse a los que violen sus disposiciones y especificar que denunciar una infracción (*whistleblowing*) no llevará consigo ningún tipo de represalia. Este último punto es especialmente relevante en el caso de que sean infractores los superiores jerárquicos del trabajador.

En el ámbito concreto de la corrupción internacional, el código tiene que incluir políticas específicas anticorrupción relativas a los regalos, actividades de mecenazgo, gastos de viaje, donaciones a partidos políticos, pagos de facilitación, así como a los supuestos de extorsión. Algunos códigos incluso incluyen medidas todavía más específicas como la necesidad de exigir una autorización por parte de la empresa matriz, cuando sus filiales vayan a manejar sumas de dinero superiores a una determinada cantidad<sup>48</sup>.

En materia de formación, los DPAs y NDPs ponen especial énfasis en el *tone at the top*<sup>49</sup>. La formación debe ir dirigida a todos los empleados de la compañía incluidos los altos cargos, de tal forma que si los directivos actúan de manera ética en el seno de la empresa, habrá mayores probabilidades de que así operen sus empleados. Observar en los altos cargos comportamientos éticos da ejemplo a los subordinados que perciben el mensaje y se hacen menos proclives a cometer fraudes o en general ilícitos. En algunos casos (*joint venture*), la formación

---

de dirección. En este sentido, vid. NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, 2008, p. 241. Como ejemplos concretos señala este autor que “un código de conducta que se limite a promover la legalidad tampoco resulta creíble, si se menoscaba el medio ambiente o se da trabajo a menores de edad en condiciones lamentables en terceros países, con el sólo argumento de que allí resulta legal”.

<sup>48</sup> Esta medida se incluye, por ejemplo, en el código de conducta de IBM. Así, SORIANI, G.: *La corporación. El escándalo IBM-Banco Nación contado desde dentro*, Buenos Aires, Planeta, 1996.

<sup>49</sup> SCHWARTZ, M.S./DUNFEE, T.W./KLINE, M.J.: “Tone at the Top: An Ethics Code for Directors”, en *Journal of Business Ethics*, Volume 58, numbers 1-3 (2005); SCHROEDER, D.: “Ethics from the top: top management and ethical business”, en *Business Ethics: A European Review*, Volume 11, Issue 3, pp. 260-267, July 2002; JOSEPH, J.: “Integrating Business Ethics and Compliance Programs: A Study of Ethics Officers in Leading Organizations”, en *Business and Society Review*, Vol. 107, pp. 309-347, 2002, pp. 329 y ss. y VITELL, S.J./DICKERSON, E.B./FESTERVAND, T.A.: “Ethical problems, conflicts and beliefs of small business professionals”, en *J. Bus. Ethics*, 28 (1): 15-24, 2000.

debe ir también dirigida a los propios socios de la empresa precisamente para anunciar qué la compañía tiene una forma de operar que debe ser respetada por sus interlocutores.

Relacionado con lo anterior reviste una especial relevancia la denominada diligencia debida (*due diligence*). El código ético desempeña también una función externa de tal forma que alerta de alguna manera a todos aquellos que entran en contacto con la empresa que “allí las cosas se [deben hacer] de una determinada manera”<sup>50</sup>. En este sentido, se trata básicamente de que el código de cumplimiento normativo incluya un procedimiento de diligencia debida antes de comprometerse con socios terceros así como mecanismos que aseguren que las terceras partes tienen conocimiento del código de cumplimiento normativo de la compañía<sup>51</sup>. Igualmente, se debe garantizar el compromiso recíproco de cumplimiento del programa por parte de los socios de la empresa o *partenaires*. Ello se consigue, por ejemplo, con la inclusión de una cláusula contractual que permita la rescisión del contrato, normalmente de suministro o de prestación de servicios, en casos de incumplimiento de las políticas anticorrupción de la empresa<sup>52</sup>. De esta forma, el aparato disciplinario de la empresa se extiende sobre el tercero infractor<sup>53</sup>.

En relación al Chief Compliance Officer (CCO), suele ser un alto ejecutivo encargado de implementar y vigilar el cumplimiento de las políticas, estándares y procedimientos internos de la entidad en relación a la prevención de delitos<sup>54</sup>. Como tal debe controlar y vigilar la correcta implementación de las medidas de

---

<sup>50</sup> NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de...*, op. cit., p. 245.

<sup>51</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, No. 4:10-cr-00460, (S.D. Tex. Jul. 07, 2010), p. 42 y 43 y *Deferred Prosecution Agreement, United States v. ABB.Ltd.*, op. cit., p. 27.

<sup>52</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. Snamprogetti Netherlands B.V.*, op. cit., p. 44.

<sup>53</sup> NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de...*, op. cit., p. 245.

<sup>54</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. ABB.Ltd.*, op. cit., p. 24. Compárese con la definición de DOPICO GÓMEZ-ALLER, quien atribuye al CCO además la función de diseñar tales políticas y procedimientos internos, tarea ésta que, sin embargo, no aparece al menos explícitamente en los acuerdos preprocesales americanos. Vid. DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: ‘Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del Compliance Officer y otros garantes en la empresa’, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, n.º 843/2012 (Comentario), Ed. Aranzadi, SA, Pamplona. 2012, p. 1: ‘(...) el Chief Compliance Officer [...] sería el directivo responsable de diseñar, establecer y seguir los controles y procedimientos internos para la prevención y evitación de delitos’.



cumplimiento normativo y evaluar la efectividad del programa para que en el caso de observar algún fleco, proceder a su reforma, es decir, establecer reformas. El CCO tiene la obligación de informar directamente a un órgano independiente del consejo directivo de la empresa, así como al comité de auditoría o al consejero o director del departamento jurídico<sup>55</sup>. Para ser efectivo, el CCO tiene que realizar sus funciones con plena autonomía de la compañía y tiene que tener al mismo tiempo el pleno apoyo de los recursos de la empresa<sup>56</sup>.

El sistema de control y los procedimientos internos controlados por el CCO y diseñados para asegurar el descubrimiento del comportamiento ilícito, exigen en primer lugar la existencia de un control documental. De ahí que se insista en la obligación de contar con libros y registros de pagos e ingresos acordes a las normas establecidas en la FCPA y con mecanismos de control respecto a los flujos de dinero. Dichos mecanismos deben desarrollarse sobre la base del *risk assessment*. A este respecto, deben tenerse en cuenta como factores la organización geográfica de la compañía, la interacción con los gobiernos extranjeros y el tipo de industria específico al que se dedica la empresa en concreto.

En cuanto a los canales de denuncias o líneas directas (*hotline*) su función es asegurar que los empleados informen apropiadamente y en tiempo acerca de cualquier comportamiento sospechoso. Las líneas directas tienen que ser anónimas. Por otro lado, es posible el establecimiento de sistemas alternativos. Lo importante es que dichos métodos permitan a los trabajadores denunciar los incumplimientos directamente al CCO<sup>57</sup>. Asimismo, las solicitudes deben responderse y ha de llevarse a cabo una acción apropiada en respuesta<sup>58</sup>.

Presentado el marco general y los cuatro ejes del programa de cumplimiento normativo, me detendré en un punto concreto de estas pautas. En particular, en la obligación relativa a los controles de auditoría internos sobre los libros de cuentas. El hecho de no desarrollar sistemas de libros exactos y registros es un delito de acuerdo a las disposiciones de la FCPA. Los casos analizados se refieren a supuestos de importación o exportación de equipos y otros materiales por parte de la compañía. Los hechos son básicamente los mismos en todos los

---

<sup>55</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. ABB.Ltd.*, op. cit., p. 24.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 24.

<sup>57</sup> *Deferred Prosecution Agreement, United States v. ABB.Ltd.*, op. cit., p. 25.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 26.

acuerdos analizados<sup>59</sup>: las empresas y sus filiales prestan servicios y/o equipos a compañías petroleras y tienen actividad empresarial con empresas que prestan servicios aduaneros como fletadores de mercancías, despacho de aduanas, transporte de mercancías o servicios de logística general. Dichas empresas negocian con las autoridades extranjeras los permisos o licencias necesarios para la importación de plataformas en aguas extranjeras (en el caso concreto estudiado, en aguas nigerianas). Cuando los permisos o licencias caducan o están a punto de caducar, los intermediarios aduaneros con el conocimiento de la corporación se sumergen en un proceso “administrativo” para la obtención de documentos falsos que eviten tiempo, coste y riesgos asociados a los requerimientos legales para obtener dichas licencias o permisos. Las filiales de la corporación reembolsan a los prestadores de servicios aduaneros por los gastos. Dichos gastos se anotan como legítimos sin serlo. El *modus operandi* consiste en la presentación de un número de facturas o recibos por las empresas aduaneras que traducidas en gastos se registran a su vez bajo nomenclaturas de lo más diverso: “otros servicios prestados”, “gastos de transporte de aduanas” (que incluyen los gastos de flete y todos los gastos conexos al mismo), “gastos de envío”, “gastos post-venta”, “gastos de consultoría o comisiones”, “gastos locales de tramitación”, “gastos administrativos y de transporte”, “gastos extra o gastos extraordinarios”, “gastos de tramitación urgente o de despacho urgente”, “gastos de tratamiento personalizado”, “gastos de facilitación aduanera”, “gastos diversos de funcionamiento” o un término similar. Básicamente la conducta consiste bien en una omisión (no anotar los gastos en los libros) bien en una acción (anotar los gastos pero de manera incompleta o no claramente visible). En el caso específico de gastos relacionados con tasas locales u oficiales, su registro se hacía sin que mediara justificación, por ejemplo, porque no existía ningún tipo de factura emitida por un oficial o autoridad gubernativa. En definitiva, este tipo de gastos *sui generis* facturados por las empresas prestadoras de servicios aduaneros se reembolsaban y anotaban falsamente en los libros y registros de las filiales de la corporación.

La conclusión que de lo anterior se extrae es que el programa de cumplimiento normativo debe establecer procedimientos internos que garanticen un uso limitado de este tipo de gastos. Una medida que podría adoptarse sería por

---

<sup>59</sup> Deferred Prosecution Agreement *United States of America v. Aibel Group Limited*, 2007; Non Prosecution Agreement *Helmerich & Payne, Inc.*, 2009; Deferred Prosecution Agreement *United States of America v. Transocean Inc.*, October 2010.

ejemplo permitir dichos gastos sólo cuando tengan aprobación previa y prueba documental de su obligación de pago. En este punto el caso *Transocean*<sup>60</sup> es especialmente interesante, pues a pesar de haber puesto en práctica una nueva política una vez descubierto el comportamiento ilícito, el DPA consideró que ésta no era efectiva. La nueva política consistía en el envío de un email por parte de la dirección de *Transocean*<sup>61</sup> en el que se advertía que el pago de este tipo de gastos (en concreto, de gastos de correo *express*) debía ser limitado y sólo aceptado en el caso de contar con la autorización previa de la dirección y con justificación documental. En principio, una medida de estas características podría valorarse positivamente y pasar el umbral de la efectividad, pues el principio fundamental de control que rige es el de la separación de poderes cuya manifestación más básica es la de garantizar que un determinado acto, en este caso, el pago de este tipo de gastos, intervengan sucesivamente diversas personas o departamentos de forma tal que su actuación se vaya controlando de forma sucesiva<sup>62</sup>. Aquí intervenía un superior jerárquico, algún miembro de la dirección de *Transocean*. Sin embargo, la ineffectividad de la medida se tradujo en que la indicación fue desoída y no fue seguida en el seno de la empresa dada la reiteración de los pagos a lo largo del tiempo una vez enviado dicho correo (alrededor de once veces): “*Despite de new policy, [subsidiaries] use the Express courier services eleven times (...) when they knew or were aware of a high probability that the express courier service would make bribe payments to Nigerian officials to avoid applicable customs duties*”<sup>63</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El análisis presentado lleva a la conclusión de que las pautas que las empresas deben seguir en la configuración de sus programas de cumplimiento normativo para evitar o cuanto menos aminorar su responsabilidad penal, no se extraen precisamente de las sentencias dictadas por jueces y tribunales. Y ello por dos razones fundamentales:

---

<sup>60</sup> *United States of America v. Transocean Inc.*, Deferred Prosecution Agreement, October 2010, p. 45, B-15, &34.

<sup>61</sup> *Ibidem*. It is not specified whom the email was sent.

<sup>62</sup> NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de...*, op. cit., p. 252, citando a su vez a POCHY TORRES, R.: *Manual de Derecho Contable*, Einia, Barcelona, 1994, p. 106 y ss.

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 45, B-15, &35.

En primer lugar, porque los jueces y tribunales realizan una evaluación de los programas de cumplimiento normativo en sus fallos judiciales de una manera muy fragmentaria y en cualquier caso poco detallada. Esta ausencia de detalles en los elementos o pautas esenciales para que los jueces y tribunales consideren el programa de cumplimiento normativo efectivo puede verse como un reflejo directo de la técnica de la autorregulación que como tal se traduce a su vez en un gran margen de apreciación para las empresas en la configuración de sus políticas internas. Margen de apreciación, ciertamente, que puede chocar con el principio de seguridad jurídica.

En segundo lugar, porque la práctica norteamericana demuestra que los acuerdos pre-procesales, los DPAs y NPAs, son las nuevas “sentencias” en materia de corrupción. En este tipo de acuerdos los jueces tienen muy poco que decir pues raros son los casos en los que existe control judicial sobre los mismos<sup>64</sup>. Parece ser que tendremos que esperar a la jurisprudencia que resuelva violaciones a la *UK Bribery Act* de 2010 o, si queremos ser exhaustivos, analizar la jurisprudencia en otros ordenamientos o en otras ramas del Derecho. Sin embargo, la *Serious Fraud Office* (SFO)<sup>65</sup>, que es la homóloga en el Reino Unido al Departamento de Justicia americano (DOJ), ya ha anunciado que tiene la intención de llevar a cabo una política similar al DOJ. Eso significa que previsiblemente recurrirá a acuerdos pre-procesales del estilo a los NPAs y DPAs<sup>66</sup>. En este sentido, el Director de la SFO ha subrayado que prefiere la vertiente pre-procesal y los acuerdos de conformidad y de admisión de la culpabilidad y por eso anima a las empresas a denunciar y a investigar ellas mismas los ilícitos que se cometan en su seno<sup>67</sup>.

---

<sup>64</sup> KOEHLER, M.: “The Facade of...”, op. cit., p. 924: “Whether the DOJ, the SEC, or both agencies are involved in an FCPA enforcement action, the end result is usually the same-use of a resolution vehicle that is privately negotiated and subjected to little or no judicial scrutiny”.

<sup>65</sup> *Bribery & Corruption*, Serious Fraud Office, <http://www.sfo.gov.uk/bribery—corruption/bribery—corruption.aspx>.

<sup>66</sup> *Approach of the Serious Fraud Office to Dealing with Overseas Corruption*, Serious Fraud Office (21 de Julio de 2009), documento disponible en <http://www.sfo.gov.uk/media/171439/Approach-of-the-Serious-Fraud-Office-to-dealing-with-overseas-corruption.doc>

<sup>67</sup> CASSELL BRYAN-LOW, *U.K. Fraud Office Upgrades Foreign-Corruption Fight*, The Wall Street

Journal European Edition, 20 de enero de 2010 p. 6.

Ante la ausencia de un auténtico *case-law* en casos de corrupción no queda más remedio que acudir al “falso” *case-law* o “jurisprudencia *de facto*”, si se prefiere la expresión acuñada por KOEHLER<sup>68</sup>, que constituyen los acuerdos preprocesales. Su contenido proporciona como hemos visto unas pautas o elementos clave a tener en cuenta por parte de las empresas a la hora de configurar sus programas de cumplimiento normativo y eludir o aminorar su responsabilidad penal<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> KOEHLER, M.: “The Facade of...”, op. cit., p. 998.

<sup>69</sup> De la misma opinión son FINDER, L.D./MCCONNELL, R.D./MITCHELL, S.L.: “Betting the Corporation: Compliance or Defiance? Compliance Programs in the Context of Deferred and Non-Prosecution Agreement-Corporate Pre-Trial Agreement Update-2008, 28”, en *Corporate Counsel Review*, 1, 2 (2009), p. 32.



# www.tirantonline.com

Información jurídica en internet



Doctrina

Formularios

Jurisprudencia

Legislación

Bibliografía

## ¡Solicite hoy mismo su alta!

Para solicitar su alta, dispone de:

teléfono de atención al cliente: 96 369 17 28

un número de fax: 96 369 41 51

una dirección de correo electrónico:

**atencionalcliente@tirantonline.com**

o directamente en [www.tirantonline.com](http://www.tirantonline.com)

