

LOTHAR KUHLEN,
JUAN PABLO MONTIEL
E ÍÑIGO ORTIZ DE URBINA GIMENO
(EDS.)

***COMPLIANCE* Y TEORÍA DEL DERECHO PENAL**

Contribuciones de

Mateo Bermejo
Dennis Bock
V́ctor G3mez Mart́n
Hans Kudlich
Lothar Kuhlen
Frank Maschmann
Juan Pablo Montiel

Adán Nieto Mart́n
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Omar Palermo
Cornelius Prittwitz
Oliver Sahan
Jesús-María Silva Sánchez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS.....	15
PRÓLOGO.....	17

PARTE I

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL *COMPLIANCE* Y EL DERECHO PENAL

I. PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO PENAL, por Adán Nieto Martín	21
1. Introducción.....	21
2. ¿Qué aporta el Derecho penal al <i>compliance</i> ?	22
3. ¿Qué aporta el <i>compliance</i> al Derecho penal?	30
3.1. Programas de cumplimiento y estructura de la imputación: <i>offenses and defenses</i>	31
3.2. Bases político-criminales de los programas de cumplimen- to: panóptico empresarial v. « <i>stakeholder democracy</i> »	32
3.3. <i>Offense</i> : ¿cómo medimos la eficacia de los programas de cumplimiento?	36
3.4. La decepcionante aplicación judicial.....	41
3.5. <i>Defense</i> : exigibilidad y programas de cumplimiento	44
4. <i>Compliance</i> y proceso penal.....	46
II. CUESTIONES FUNDAMENTALES DE <i>COMPLIANCE</i> Y DE- RECHO PENAL, por Lothar Kublen	51
1. Cuadro de situación	51
1.1. Concepto	51
1.2. Ejemplo.....	52
1.3. Posibilidades de sanción	53

	Pág.
1.4. Esfuerzos sobre <i>compliance</i> en el caso <i>Siemens</i>	59
1.5. <i>Compliance</i> en Alemania	61
2. Reflexiones sobre una teoría de <i>compliance</i> y Derecho penal	63
2.1. El interrogante.....	63
2.2. Cambio de valores	64
2.3. Aumento de los riesgos de responsabilidad	64
2.4. Intentos particulares de explicación.....	65
2.5. <i>Compliance</i> como autorregulación.....	67
3. Problemas normativos de <i>compliance</i> y Derecho penal.....	73
3.1. Deberes de vigilancia en la empresa	74
3.2. La posición jurídica de los encargados de <i>compliance</i>	74
3.3. Limitación del <i>compliance</i> mediante los derechos de los empleados	75
3.4. <i>Internal investigations</i>	75
3.5. Sanciones penales contra empresas	76

PARTE II

COMPLIANCE Y DEBERES DE VIGILANCIA DEL EMPRESARIADO

III. DEBERES DE VIGILANCIA Y COMPLIANCE EMPRESARIAL , por <i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	79
1. El deber de vigilancia	79
1.1. Introducción.....	79
1.2. El fundamento y el contenido del deber de vigilancia: separación de esferas, confianza y desconfianza como modelos alternativos.....	84
1.3. Las consecuencias de la infracción del deber de vigilancia...	90
1.4. Límites del deber de vigilancia	93
1.5. ¿Vigilancia en relaciones horizontales?	93
1.5.1. En niveles de alta y media dirección.....	93
1.5.2. En el seno del Consejo de Administración.....	94
1.6. Vigilancia interempresarial I: grupos.....	97
1.7. Vigilancia interempresarial II: terceros (<i>third parties</i>).....	98
1.8. La delegación de la vigilancia	99
2. <i>Compliance</i>	100
2.1. Introducción.....	100
2.2. <i>Compliance</i> como forma de organizar la vigilancia	102

	Pág.
2.2.1. Repercusiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.....	102
2.2.2. Repercusiones sobre la responsabilidad penal de las personas físicas.....	103
2.3. La delegación de la vigilancia: programas de cumplimiento y <i>compliance officers</i>	103
3. Perspectivas.....	104
IV. COMPLIANCE Y DEBERES DE VIGILANCIA EN LA EMPRESA , por <i>Dennis Bock</i>	107
1. Introducción.....	107
2. § 130 <i>OWiG</i> y § 831 <i>BGB</i>	108
3. Supervisión jurídicamente establecida como suma de todas las medidas posibles, necesarias y exigibles para aminorar la probabilidad de que un empleado cometa hechos delictivos.....	110
3.1. Supervisión.....	110
3.2. Condiciones suficientes para la supervisión.....	111
4. Las medidas individuales en el ejemplo de la dirección de personal en la división del trabajo y la delegación.....	113
4.1. Gestión de riesgos internos.....	113
4.2. Selección.....	116
4.3. Instrucción.....	117
4.4. Control.....	118
4.5. Sanción.....	119
5. Resumen y perspectiva.....	120

PARTE III

COMPLIANCE Y DERECHOS DEL TRABAJADOR, ESPECIALMENTE DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS Y WHISTLEBLOWING

V. COMPLIANCE Y DERECHOS DE LOS TRABAJADORES , por <i>Víctor Gómez Martín</i>	125
1. Presupuestos metodológicos.....	125
2. <i>Corporate compliance</i> y Derecho penal.....	127
3. Investigaciones internas, <i>whistleblowing</i> y Derecho penal.....	130
4. Investigaciones internas, facultades de control del empresario y derechos de los trabajadores.....	132
4.1. Planteamiento.....	132
4.2. Registro personal (art. 18 ET).....	133

	Pág.
4.3. Intervención de medios productivos de la empresa (art. 20.3 ET).....	134
4.4. Entre la atipicidad y la justificación.....	136
5. <i>Whistleblowing</i> y derechos de los trabajadores.....	141
5.1. Planteamiento.....	141
5.2. <i>Whistleblowing</i> y derecho a la intimidad personal.....	141
5.3. <i>Whistleblowing</i> y derechos laborales.....	144
6. CONCLUSIÓN FINAL.....	146
VI. COMPLIANCE Y DERECHOS DEL TRABAJADOR , por <i>Frank Maschmann</i>	147
1. El Derecho laboral y de protección de datos como límite insuperable del <i>compliance</i>	147
1.1. Introducción.....	147
1.2. Los derechos de la personalidad del trabajador como límite hasta ahora.....	148
1.3. El § 32 <i>BDSG</i> como límite <i>lege lata</i>	149
1.4. Los §§ 32-32l <i>BDSG</i> del proyecto de 2010 como límite <i>lege ferenda</i>	149
2. Algunas cuestiones básicas sobre el vigente derecho de protección de datos del empleado.....	151
2.1. Ámbito de aplicación.....	151
2.2. La <i>BDSG</i> como ley prohibitiva con reserva de autorización.....	152
2.3. El consentimiento del empleado como causa de justificación.....	152
3. Las medidas de control seleccionadas.....	153
3.1. Controles espontáneos.....	153
3.2. Videovigilancia.....	154
3.3. El interrogatorio del empleado.....	155
3.3.1. Derecho a negarse a dar información con base en el principio <i>nemo tenetur</i>	156
3.3.2. Derechos de flanqueo.....	160
3.4. Deber de denuncia.....	160
4. Los sistemas de comunicación de denuncias.....	162
4.1. Principios básicos.....	162
4.2. Denuncias en instancias externas a la empresa.....	163
4.3. Protección del denunciante frente a sanciones.....	166
5. Conclusiones.....	167

PARTE IV

**LA POSICIÓN JURÍDICA DEL *COMPLIANCE OFFICER*,
ESPECIALMENTE SU POSICIÓN DE GARANTE
Y DEBER DE TUTELA PATRIMONIAL**

VII. LA INTERVENCIÓN DELICTIVA DEL <i>COMPLIANCE OFFICER</i>, por Mateo G. Bermejo/Omar Palermo	171
1. Introducción.....	171
2. Los factores criminógenos presentes en las organizaciones empresariales.....	174
3. Los Programas de cumplimiento como aporte a la solución de los problemas de imputación individual en la empresa	176
3.1. Programas de cumplimiento: concepto, fuentes, contenido.	176
3.2. La posición jurídica del <i>compliance officer</i> (CO): el empresario como garante, la posición del CO en la empresa, sus deberes, su ámbito de competencia.....	178
3.2.1. El empresario como garante	178
3.2.2. El CO como garante: la delegación de competencias y funciones.....	180
3.2.3. Programas de cumplimiento y responsabilidad penal del CO.....	183
4. El CO en la teoría de la intervención delictiva	189
4.1. Introducción.....	189
4.2. Dominio del hecho e intervención mediante omisión del CO	190
4.3. El CO en la teoría de la diferenciación: ¿garante de protección o garante de vigilancia?	193
4.4. La intervención del CO en el concepto «indiferenciado de omitente»	194
4.5. La competencia por asunción del CO como fundamento de su responsabilidad penal.....	196
5. Conclusiones	201
VIII. LA POSICIÓN JURÍDICA (EN ESPECIAL, POSICIÓN DE GARANTE) DE LOS <i>COMPLIANCE OFFICERS</i>, por Cornelius Prittwitz.....	207
1. Introducción	207
2. Posición de garante del <i>compliance officer</i> : sobre la interdependencia entre dogmática jurídico-penal (económica) y política criminal (económica).....	208
2.1. Precomprensiones sobre el concepto, el fenómeno y el problema	208

	Pág.
2.2. <i>Compliance</i> y Derecho penal.....	210
2.3. La posición de garante del <i>compliance officer</i> en el contexto de la dogmática de los delitos de omisión.....	212
2.4. El puente desde la dogmática jurídico-penal hacia la política criminal económica	216
3. Resumen y panorama	218

PARTE V

COMPLIANCE E INVESTIGACIONES INTERNAS

IX. AUTOLIMPIEZA EMPRESARIAL: COMPLIANCE PROGRAMS, INVESTIGACIONES INTERNAS Y NEUTRALIZACIÓN DE RIESGOS PENALES, por Juan Pablo Montiel.....	221
1. <i>Internal Investigations</i> y grupos de problemas	221
2. El lugar de las investigaciones internas en el sistema de <i>Compliance-Management</i>	223
3. Directrices generales para el diseño e implementación de autorregulaciones sobre investigaciones internas.....	226
4. Injerencia en la intimidad de los trabajadores y neutralización de riesgos penales.....	229
4.1. Planteamiento de la cuestión	229
4.2. Adecuación típica de las medidas investigativas y dimensiones jurídicas de la intimidad	231
4.3. Injerencia de los investigadores en la intimidad de los trabajadores: ámbitos de riesgo permitido, consentimiento y justificación.....	235
5. Reflexiones finales	242
X. INVESTIGACIONES EMPRESARIALES INTERNAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL ABOGADO, por Oliver Saban.....	245
1. Introducción.....	245
2. Concepto de investigación empresarial interna	246
3. Constelaciones de partida para las investigaciones empresariales internas	246
4. Decisiones de la empresa en torno a la conducción de investigaciones internas.....	248
4.1. La decisión sobre la conducción de una investigación empresarial interna.....	248
4.2. La decisión sobre la elección de los medios de investigación.....	250
4.3. La decisión sobre la información activa y la involucración de las autoridades.....	252

	Pág.
5. La decisión de la empresa de consultar abogados externos	254
5.1. Investigaciones empresariales internas como proceso jurídico	254
5.2. La asistencia al proceso de investigación interna a través de abogados	254
6. Límites del asesoramiento admisible por parte del abogado en el marco de una investigación empresarial interna	257
7. Sumario.....	258

PARTE VI

COMPLIANCE Y SANCIONES PENALES PARA LA EMPRESA

XI. SANCIONES PENALES CONTRA EMPRESAS EN ESPAÑA (HISPANICA SOCIETAS DELINQUERE POTEST), por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno.....	263
1. Sanciones penales contra empresas: ¿por qué?.....	263
1.1. <i>Compliance</i> , responsabilidad penal de las personas jurídicas y autorregulación	263
1.2. Asimetrías informativas y política criminal de la RPPJ	268
1.3. Un importante «pero»: Derecho penal frente a Derecho administrativo en el ámbito de las personas jurídicas	271
1.3.1. La prevención general por medio del Derecho penal.....	271
1.3.2.. <i>Ultima ratio</i> , responsabilidad penal y responsabilidad administrativa	272
2. RPPJ en el ordenamiento jurídico español: las «razones del legislador» y la regulación establecida.....	275
2.1. Las «razones» del legislador	275
2.2. La regulación establecida mediante la LO 5/2010.....	277
2.2.1. El art. 31 bis.1 y el principio de responsabilidad subjetiva.....	278
3. Conclusión provisional	281
XII. ¿COMPLIANCE MEDIANTE LA PUNIBILIDAD DE ASOCIACIONES?, por Hans Kudlich	283
1. Introducción.....	283
2. La punibilidad de asociaciones y la capacidad de acción de las empresas	285
3. Punición de asociaciones y asequibilidad (<i>Ansprechbarkeit</i>) jurídico-penal.....	287

Índice

	<u>Pág.</u>
4. ¿Catálogo de delitos para la punición de asociaciones?	289
4.1. ¿Catálogo o remisión general?	291
4.2. Criterios para un catálogo de delitos	295
5. Consideración final	300

PRÓLOGO

Desde hace ya algunos años el tema «*compliance* y Derecho penal» está en boga en la comunidad jurídica a nivel global. El presente libro recoge doce contribuciones al tema, las cuales han sido presentadas con motivo de un simposio que tuvo lugar en la Universidad de Mannheim los días 20 y 21 de abril de 2012. Este simposio, además, surgió como uno de los primeros proyectos de CRIMINT, un conjunto de penalistas de habla hispana y alemana, al cual pertenece la mayoría de los autores y la totalidad de los editores de este trabajo.

El tema del *compliance* y el Derecho penal tiene evidentes repercusiones en el ámbito internacional, del mismo modo que nos conduce a interesantes problemas teóricos y prácticos que no sólo se encuentran contenidos dentro de los límites del Derecho penal. Ello se aprecia claramente con tan sólo echar un vistazo a los seis temas concretos que fueron debatidos en Mannheim:

- Problemas fundamentales del *compliance* y el Derecho penal.
- *Compliance* y deberes de vigilancia del empresario.
- La posición jurídica, especialmente la posición de garante y el deber de tutela patrimonial del *compliance-officer*.
- *Compliance* y derechos del trabajador (especialmente protección de datos y *whistleblowing*).
- *Compliance* e investigaciones internas.
- *Compliance* mediante el uso de sanciones penales para la empresa.

Cada uno de estos temas ha sido abordado por un ponente de habla hispana y por otro de habla germana a los fines de brindarle al análisis una perspectiva internacional. La elección de los temas y de los ponentes debería asegurar a la vez que, junto a las cuestiones que prioritariamente interesan a la ciencia jurídico-penal, también sean discutidos aquellos aspectos del tema ajenos al Derecho penal, especialmente provenientes del Derecho laboral, y su relevancia para la práctica del asesoramiento en materia de *compliance*.

En el simposio participaron también, además de los ponentes, colegas y asistentes científicos de la Universidad de Mannheim, como así también los profesores de Derecho penal Yasuhiro Kanrei (Universidad de Okayama) y

Thomas Rotsch (Universidad de Gießen), al igual que el Dr. Sönke Gerhold, a quien ha de agradecerse el haber leído la conferencia de Dennis Bock, ante el impedimento de este último para participar en el evento.

Las conferencias fueron expuestas en alemán, inglés y en español. Dejando aquí de lado esta diversidad de idiomas, se originaron intensas y fructíferas discusiones que en parte también aparecen reflejadas en las versiones reelaboradas de las ponencias que están contenidas en este libro.

Junto a la presente versión en español ha aparecido recientemente una publicada en alemán por la editorial C. F. Müller (*Compliance und Strafrecht*, 2013). Estas publicaciones nos brindan además la posibilidad de agradecer a quienes han tenido una participación determinante para que ellas fuesen posibles. Tanto la realización del simposio como así también de las publicaciones de ambos libros, incluyendo las respectivas traducciones, han sido posibles gracias a la generosa financiación de la fundación Wilhelm Müller-Stiftung de Mannheim, como así también de la Universidad de Mannheim y su área de ciencias jurídicas. Los colaboradores de la Cátedra de Derecho penal y Criminología, Derecho penal económico y ambiental, especialmente las secretarías Renate Fischer y Agnes Hau, al igual que los asistentes científicos Jennifer Schumacher y el Dr. Rainer Fornoff no sólo se preocuparon con gran ahínco de que el simposio resultara productivo desde el punto de vista científico, sino que también hicieron posible que todo estuviera perfectamente organizado y que resultase enriquecedor también en lo personal. A todas estas personas queremos expresar nuestro agradecimiento, al igual que a las traductoras y a los traductores.

Mannheim, Lothar KUHLEN
Erlangen, Juan Pablo MONTIEL
Madrid, Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO

Junio de 2013

I

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO PENAL *

Adán NIETO MARTÍN

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda tres aspectos esenciales relativos a las relaciones entre *compliance* y Derecho penal. En primer lugar, en un intento de aproximación al concepto de *compliance*, señalaré cuál es —o debiera ser— la posición del Derecho penal ante las formas de autorregulación empresarial. ¿Qué contenidos nuevos, desde la óptica penal, deben introducirse en el sistema de normas y procedimientos internos con los que ya cuentan las empresas?

El segundo apartado se ocupa de la otra cara de la moneda: ¿Qué aporta el *compliance* al Derecho penal? Los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al Derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. La mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o «culpabilidad»¹.

* Trabajo realizado en el marco del Programa de investigación, «Good citizens corporations: Programas de cumplimiento normativo en entidades públicas». Ref. POII10-0105-614. 2010-2013.

¹ Desde luego, las implicaciones del *compliance* en el Derecho penal no se limitan a servir de base al sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, con ser éste el aspecto más importante. Para esta visión más amplia véase por ejemplo ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance*, 2010, pp. 496 y ss.; NIETO MARTÍN, «Soziale Verantwortung, corporate governance, Selbstregulierung und Unternehmensstrafrecht», en SIEBER *et. al.* (eds.), *FS Tiedemann*, 2008 (= *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, núm. 5, 2008); SIEBER, «Compliance Programme im Unternehmenstrafrecht», en SIEBER *et. al.* (eds.), *FS Tiedemann*, 2008, pp. 1113 y ss.

Este punto de partida, sobre el que existe acuerdo, se entremezcla con la construcción de un concepto de delito propio de las personas jurídicas. ¿Pertenece el defecto de organización al injusto o a la culpabilidad propia de la persona jurídica?; más aún ¿tiene sentido hablar de injusto y culpabilidad en relación con las infracciones cometidas por las empresas?

Pero más allá de esta cuestión, se encuentran otros muchos interrogantes, ¿qué es un programa de cumplimiento eficaz?, ¿qué criterios han utilizado hasta ahora jueces y fiscales para analizar los programas de cumplimiento?, ¿dónde puede estar la clave para que los programas de cumplimiento funcionen y cumplan su misión preventiva? No puede desconocerse que el cumplimiento normativo supone incrementar el poder de los administradores y directivos dentro de las empresas, pues les legitima para establecer medidas de control. ¿Qué ponderación es la adecuada, en este nuevo escenario, para legitimar posibles restricciones en los derechos fundamentales de los empleados?, ¿qué zonas conflictivas pueden tener los programas de cumplimiento con el Derecho del trabajo y de protección de datos? Estos interrogantes nos conducen probablemente al tema que resulta esencial: si los programas de cumplimiento significan incrementar el poder y el control, ¿cómo aumentar la legitimidad de este tipo de autorregulación empresarial²?

La tercera parte del trabajo analiza las relaciones entre *compliance* y proceso penal. Para desplegar toda su eficacia práctica los programas de cumplimiento necesitan un entorno procesal propicio, adaptado. La experiencia de los Estados Unidos, es decir, del país con mayor experiencia, nos indica que esta es una cuestión crucial. Un buen entorno procesal para el cumplimiento normativo es el que permite que las empresas realicen investigaciones internas y que estas puedan ser utilizadas en el proceso penal o en otro proceso público (por ejemplo, ante las autoridades bursátiles). De nuevo aquí el caso *Siemens* sirve de paradigma. Con ello, sin duda, tanto las empresas como el ministerio fiscal obtienen ventajas, pero no puede ocultarse que en el otro lado existen nuevos riesgos para derechos fundamentales y garantías procesales. Un proceso penal en el que tanto el Estado como la empresa investigan puede generar un desequilibrio importante en el principio de igualdad de armas.

2. ¿QUÉ APORTA EL DERECHO PENAL AL COMPLIANCE?

El término «cumplimiento» es uno de los más vagos e inexpressivos que se haya acuñado jamás. Por sí solo no dice apenas nada, salvo lo evidente:

² Sobre el problema de la legitimidad, en la autorregulación, véase MAROTO CALATAYUD, «Liberalismo vs. Neocorporativismo: los discursos de la autorregulación como discursos legitimadores», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y Sanciones*, 2009, pp. 53 y ss.

actuar conforme a la legalidad, entendiendo también por legalidad el cumplimiento de obligaciones civiles y directrices internas de la empresa³. Esta simplicidad se convierte, sin embargo, en algo extraordinariamente rico y complejo cuando se contempla cómo actúa el cumplimiento normativo más allá del ordenamiento jurídico y cómo se conforman los programas de cumplimiento dentro de las empresas.

La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro del sistema de normas penales o de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de *enforcement* autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento. Así, por ejemplo, en el mundo económico se ha extendido la práctica de la *due diligence*, mediante la que se comprueba cuál es el nivel de cumplimiento de una empresa que se va a adquirir o con la que se va a realizar una *joint venture*⁴. Muchos códigos éticos o normas internas exigen a sus proveedores, por ejemplo, que cuenten con sistemas de cumplimiento homogéneos, y existen organizaciones internacionales como el Banco Mundial⁵ o el Banco Europeo de Inversiones⁶ que exigen contar con medidas de prevención contra la corrupción para acceder a su financiación. En un mundo globalizado, donde la capacidad reguladora y sancionadora de los Estados desgraciadamente se ha debilitado, el cumplimiento normativo es un instrumento de gobernanza global o de *global law*⁷.

Si el cumplimiento normativo, como acabamos de ver, contiene un sistema de *enforcement* autónomo, las normas internas de la empresa que se integran en los programas de cumplimiento se asemejan a una especie de gran río en el que desembocan numerosos afluentes, de muy distinta procedencia. Aunque los afluentes pueden ser diversos dependiendo del tipo de empresa, en una gran empresa cotizada, que son las que tienen los sistemas de cumplimiento más caudalosos, los afluentes son los siguientes:

En primer lugar, la legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales o el abuso de mercado, el mercado de valores, etc. Estas normativas imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas. Aunque de ámbitos legislativos muy dispares, todas estas normas, procedentes de lo que se ha dado en llamar autorregulación

³ Con ulteriores referencias, BOCK, *Criminal compliance*, 2011, pp. 19 y ss.

⁴ Acerca de la *due diligence*, en el sentido que aquí interesa: *Guidelines on reputational due diligence*, Raport 356, septiembre 2004, The International Association of Oil & Gas Producers.

⁵ WORLD BANK, *Guidelines On Preventing and Combating Fraud and Corruption in Projects Financed by IBRD Loans and IDA Credits and Grants Dated October 15, 2006 and Revised in January, 2011*; *Guidelines on Preventing and Combating Fraud and Corruption in Program-for-Results Financing Dated February 1, 2012*.

⁶ EUROPEAN INVESTMENT BANK, *Guide to Procurement*, octubre 2011.

⁷ Véase SIEBER, «Legal Order in a Global Law», en BOGDANDY/WOLFRUM (eds.), *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, vol. 14, 2010, pp. 1 y ss.

regulada⁸, imponen a las empresas: nombrar un responsable para la administración del riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgos, establecer normas de conducta, etc. Como puede apreciarse, el Derecho administrativo, que es el origen de procedencia de estas regulaciones, aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento⁹.

El segundo afluente de los programas de cumplimiento es el gobierno corporativo, término que tiene una definición tan ambigua como el de *compliance*, pero que representa un principio de carácter constitucional dentro de la empresa. Básicamente la idea del buen gobierno es «luchar» contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, generando, al igual que en los sistemas democráticos un sistema de *checks and balances* y herramientas de control del «pueblo» —los *shareholders* y *stakeholders*— sobre los gobernantes-administradores. La conexión entre buen gobierno corporativo y sistema de cumplimiento es evidente en algunos países como Italia¹⁰ o Chile¹¹, donde el legislador exige un órgano independiente para que supervise el funcionamiento de los modelos de organización. Pero más allá de estas concretas plasmaciones legales, resulta evidente que el cumplimiento normativo necesita de la lógica del buen gobierno. Cuando se piensa en cómo controlar a los administradores o a los puestos más elevados de dirección con el fin de que no cometan infracciones resulta imprescindible contar con un órgano independiente del poder empresarial, de otro modo el control sobre la cúpula de la empresa no resulta creíble¹².

El tercer gran afluente son los códigos éticos que existen ya en todas las grandes empresas y en donde se recoge su compromiso de lucha contra la corrupción, la condena de prácticas restrictivas de la competencia, la protección de datos, etc. Las organizaciones internacionales, desde la OCDE a Naciones Unidas, han impulsado la ética de empresa, una forma de *soft law*, como mecanismo de control de formas de criminalidad de empresa globales. La ejecución de los códigos éticos ha llevado a la creación de nuevos órganos como la Comisión del Código, *Ethics Board*, etc., y han aparecido cargos como el *ethics officer*, que cumplen funciones semejantes a los *compliance officer*. Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen

⁸ Por todos, DARNACULLETA I GARDELLA, en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y Derecho público: la autorregulación regulada*, 2009.

⁹ Cfr. NIETO MARTÍN (nota 1), pp. 497 y ss.

¹⁰ Art. 6.1.b), Decreto legislativo 231/2001, Disciplina della responsabilita' amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300.

¹¹ Art. 4.1.b), Ley núm. 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

¹² Cfr. LAUFER, *Corporate Bodies and Guilty Minds. The Failure of Corporate Criminal Liability*, 2006.

carácter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código ético. La vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia o blanqueo de capitales no solo se garantiza a través del Derecho penal, sino a través de sanciones que pueden ser incluso más temidas en ocasiones que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo. Como puede apreciarse, la ética empresarial ha generado otro cuerpo normativo dentro de la empresa que integra o envuelve a todo el sistema de *compliance*. Fomentar una cultura de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen. De ahí que, por ejemplo, las *Guidelines* hablen expresamente de *Compliance and Ethics Programs*¹³.

La ética de empresa está estrechamente vinculada con otro término de moda, la responsabilidad social. Igual que no hay gran empresa sin código ético, no hay página web donde uno no pueda leer un informe sobre responsabilidad Corporativa, cuyos contenidos en ocasiones se solapan. La diferencia es probablemente que en este terreno se observan mayores esfuerzos de estandarización, la creación de organismos estatales o incluso iniciativas para pedir un mayor control en los casos de incumplimiento de la política de responsabilidad social. Aunque en muchas ocasiones la responsabilidad social corporativa aparece vinculada con la sostenibilidad y el respeto al medio ambiente, la primera tarea del ciudadano corporativo socialmente responsable sería el respeto a la ley¹⁴.

Un afluente no menos importante del río del *compliance* es la auditoría interna, cuya función original radicaba en detectar el fraude interno, cometido por empleados y directivos contra la empresa. Los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones, si no van acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento. El actual paradigma de auditoría interna, la norma SAS 78, elaborada siguiendo las recomendaciones del Informe COSO, define el control interno «*as a process designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives for reliable financial statements, effective and efficient operations, and compliance with applicable laws and regulations*». Un sistema eficaz de control interno descansa en pilares tan fundamentales para los sistemas de cumplimiento como el análisis de riesgos, el ambiente de control y las actividades de control (políticas y procedimientos internos)¹⁵. Estas tres actividades, y sus correspondientes metodologías, son fundamentales para construir un sistema eficaz de prevención y detección de hechos delictivos. Esta nueva concepción concibe además a la ética de empresa o la

¹³ Cfr. KAPLAN, «Sentencing Guidelines 2.0: The Next Generation in compliance Programs», *The Corporate Advisor*, nov.-dic. 2004, pp. 11 y ss.

¹⁴ Con referencias, ENGELHART (nota 1), pp. 49 y ss.

¹⁵ Cfr. NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 225 y ss.

cultura de legalidad, al ambiente de control, como parte del control interno. Sobre esta idea volveremos después.

Un fenómeno más que debe integrarse dentro del entorno de *compliance* es la certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, DIN, etc.). Estas normas aportan una definición de responsabilidades, tareas y funciones dentro de las organizaciones con el fin de cumplir los más diversos objetivos, prevención de riesgos medioambientales¹⁶, laborales¹⁷, políticas de seguridad de la información¹⁸ o incluso criterios de responsabilidad social corporativa¹⁹. Las normas ISO han contribuido a aclarar notablemente el sistema de delegación de funciones dentro de la empresa estableciendo responsabilidades precisas, a implantar sistemas documentales que demuestran que el sistema funciona o que dejan constancias de los problemas existentes («partes de no conformidad») y de su corrección, a crear flujos de comunicación, deberes de supervisión, a destacar la importancia de la formación y la necesidad de implicar a empleados y muy especialmente a directivos (*tone from the top*), etc. Es más, han conseguido que todo ello se plasme en «Manuales» de la empresa, que son un modelo a seguir para quien quiera confeccionar un «Manual de criminal compliance». Igualmente, y conjuntamente con el sistema de auditorías (de cuentas, de riesgos laborales, medioambiental), han contribuido a asentar la cultura de la revisión externa dentro de las empresas, algo que resulta determinante para la calidad de los sistemas de cumplimiento.

Finalmente, en esta maraña de tendencias, regulaciones y técnicas de organización, aparece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un nuevo mensaje: una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos puede exonerar de la sanción o servir para una fuerte reducción. En algunos sistemas (Estados Unidos, Italia, Chile, Australia, Reino Unido) se han regulado los diversos puntos que tienen que tener los sistemas de cumplimiento penales. En España, en cambio, el legislador habla genéricamente de debido control y de «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos» e igual ocurre, por ejemplo, en Austria.

Llegados a este punto la pregunta es qué puede aportar el Derecho penal a la autorregulación empresarial y cómo debe coordinarse con todo este entramado de normas internas. El punto de partida es que el Derecho penal ha sido el último invitado a esta fiesta corporativa de la «autorregulación». Resulta sintomático que allí donde se ha decidido regular el contenido de los programas de cumplimiento no se ha aportado ningún elemento esencial que no estuviera ya contenido en alguno de los afluentes del río del

¹⁶ Por ejemplo, UNE-EN ISO 14001: 2009.

¹⁷ OHSAS 18001: 2007. Sistemas de Gestión de la Seguridad en el Trabajo.

¹⁸ ISO/IEC 27002: 2005. Código de Buenas Prácticas para la Gestión de la Seguridad de la Información.

¹⁹ ISO 26000.

compliance. Las exigencias que se desprenden, por ejemplo, del Derecho administrativo o del *corporate governance* (órganos independientes, sistemas de documentación, denuncias internas, *risk assesment*, etc.) coinciden con las disposiciones específicamente penales reguladoras de los programas de cumplimiento, como la contenida en el capítulo 8 de las *Guidelines*, el decreto legislativo 231 italiano o la *Bribery Act* en el Reino Unido.

Cuando una empresa cuenta con todos o la mayoría de los elementos que se han ido analizando, en realidad un programa de cumplimiento «penal» consiste en ordenar todo lo anterior y leerlo con las *Denkbrillen* del penalista, renunciando en principio a añadir a todo lo anterior un *compliance* más, el *criminal compliance*²⁰. De este punto de partida se derivan varias consecuencias básicas:

La primera es que cuando una empresa no posee ninguno o la mayoría de los «afluentes» del río del *compliance* resulta muy complejo empezar abruptamente implantando sistemas de prevención de hechos delictivos. Es tanto como empezar a construir la casa por el tejado. Donde no existen procedimientos para contratar con proveedores, controlar los pagos, sistemas de seguridad de la información, etc.; implantar un sistema de prevención penal tiene un coste excesivo. Este problema afecta sobre todo a pequeñas empresas, que parten de una posición de notable desventaja.

Esta constatación conduce a una pregunta de política criminal clave: ¿qué sentido tiene la responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de empresas? Aunque después volveré sobre la cuestión, con relación a pequeñas y medianas empresas la responsabilidad tendría sentido, por ejemplo, en ámbitos específicos donde ya vienen obligadas por el Derecho administrativo (medio ambiente, riesgos laborales, protección de datos) a instaurar sistemas de control.

La segunda consideración es que la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el Derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos. El objetivo del *compliance* no es evitar ser castigadas por un delito contra el medio ambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental.

Esto ocurre incluso allí donde la «ley no llega». Los códigos éticos, y no el Derecho penal, deben ser los que delimiten el perímetro de las conductas prohibidas y las normas de comportamiento dentro de la empresa. Los códigos éticos o las políticas de empresa en muchas materias, como la corrupción o la administración desleal (conflictos de intereses), suelen —y deben— ir más allá de la ley, prohibiendo conductas que están en la zona previa de

²⁰ Cfr. ROTSCH, *Indret* 2012.

los tipos penales o instaurando normas de flaqueo. El *criminal compliance* no consiste en asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita moverse en el filo de la navaja, sino para que cumpla con lo dispuesto en los códigos éticos. Por esta razón, al *compliance* no le interesan necesariamente los complejos debates del Derecho penal económico acerca de si la conducta A es típica o constituye otro tipo de ilícito. El cumplimiento normativo debe comenzar normalmente mucho antes del tipo penal. Esta forma de entender el cumplimiento normativo es especialmente útil para empresas multinacionales que actúan en varios ordenamientos. En estos casos lo más funcional es apostar por el máximo denominador común y establecer como conductas a prevenir aquellas que se establezcan en el ordenamiento más exigente. No tiene sentido, salvo contadas excepciones (por ejemplo, política de atenciones en materia de corrupción), y resulta extraordinariamente complejo diseñar políticas específicas en cada país.

De cuanto se lleva dicho se desprende otra importante consecuencia. Conforme al carácter de *ultima ratio* del Derecho penal, deberíamos dar por buenos los estándares de prevención que ha desarrollado esta normativa específica de carácter administrativo o las normas de autorregulación. La empresa que cumpla con la normativa administrativa sobre blanqueo de capitales no debiera ser sancionada por un delito de blanqueo de capitales, e igual debe ocurrir para la empresa que cumpla con las indicaciones que da la Ley de Mercado de Valores para evitar el abuso de mercado, la ley de protección de datos, la normativa sobre protección de riesgos laborales, etcétera.

Este problema no ha pasado desapercibido en algunos ordenamientos. Las *Guidelines* apuntan la relación entre normas administrativas y estándares de calidad (normas ISO, etc.) y los programas de cumplimiento²¹. El no seguimiento de estas normas es un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz. El legislador italiano recientemente ha adoptado una posición similar. En relación con el caso específico de los delitos contra la seguridad en el trabajo ha indicado que el cumplimiento con determinados estándares de calidad (OHSAS 1001: 2007, y las directrices INI-ILAIL) constituyen una presunción favorable de que existe un programa de prevención eficaz en esta materia²².

Como puede apreciarse en ambos casos, la eficacia de las normas extrapenales, ya procedan del propio ordenamiento jurídico o de la autorregulación empresarial, tienen una función procesal, estableciendo una presunción *iuris tantum* favorable a la eficacia del modelo. Esta opción resulta lógica —

²¹ USSG § 8B2.1 Application Note 2 (B).

²² Véase ROSSI/GERINO, «Art. 25 septies d. legs. 231/2001, art. 30 d. legs. 81/2008 e Modello di organizzazione gestione e controllo: ambiente applicative e rapporti», en *Rivista 231 sul D. lgs. 231/2001*, 2009, núm. 2, pp. 7 y ss.; para el medio ambiente, donde existe una problemática similar, SCARELLA, «Responsabilità degli enti e modello organizzativi ambientali: il recepimento della direttiva 2008/99/CE», en *Rivista 231 sul D. lgs. 231/2001*, 2011, núm. 4, pp. 55 y ss.

después volveremos sobre ello— en relación con los estándares procedentes de certificadoras privadas, pero no en el caso de requisitos de organización impuestos y desarrollados pormenorizadamente por normas administrativas, como ocurre con el blanqueo de capitales. En este caso, la *criminal compliance* penal debiera entenderse como una norma penal en blanco. Allí donde se cumple con el Derecho administrativo debe considerarse que no hay un ilícito penal. El carácter de *ultima ratio* del Derecho penal y el principio de unidad del ordenamiento jurídico avalan esta tesis.

La relación entre los diversos sectores de la autorregulación empresarial y la prevención de hechos delictivos no solo es significativa para establecer la relación entre normas (normas administrativas, de estandarización, de un lado, y penales, de otro), sino también para determinar la organización de la empresa y atribuir responsabilidades. Antes de llegar el Derecho penal a las empresas, estas contaban ya con personas responsables para gestionar riesgos legales en buena parte de lo que ahora se han convertido en riesgos penales. Esta distribución de riesgos debe seguir vigente, en cuanto que obedece además a criterios de competencia técnica. La organización del *compliance* puede pasar por integrar estas responsabilidades y saberes técnicos en un órgano matriz («Comité de prevención») que coordine las distintas políticas y cuide del cumplimiento de los aspectos comunes o transversales (canal de denuncias, documentación, formación, revisión del sistema, etc.)²³.

Pero el Derecho penal o, mejor dicho, las ciencias penales, pueden hacer importantes aportaciones con el fin de mejorar los sistemas de cumplimiento normativo, y ello con independencia de si existe o no responsabilidad penal de personas jurídicas. Si los *compliance programs* hubieran sido estudiados y definidos por los criminólogos, sin duda, los hubieran designado como medios de control social, cuya finalidad es impedir conductas desviadas dentro de una organización. La función de prevenir y detectar hechos delictivos ha sido tradicionalmente uno de los objetivos de la criminología. La estrategia de prevención de los programas de cumplimiento tiene bastantes puntos en común con algunas teorías de la criminalidad como la prevención comunitaria (reforzar los valores éticos, la cultura de cumplimiento de la comunidad-empresa, asumir una actitud activa frente al delito, denunciándolo, buscar liderazgo en esta tarea [*tone from the top*]) o las técnicas de neutralización.

Más aún, el *risk assesment*, que procede del lenguaje de la auditoría²⁴, trasladado al lenguaje de la criminología equivaldría a descubrir los factores etiológicos de las conductas delictivas dentro de la empresa, que pueden ser

²³ Cfr. MOOSMAYER, *Compliance. Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2010.

²⁴ Tradicionalmente, en la auditoría de cuentas a la hora de valorar el riesgo se toma como valor esencial los perjuicios que puede ocasionar a la empresa. De este modo, la comisión de un delito se monetiza, pudiéndose valorar que un delito de extraordinaria gravedad —explotación del trabajo infantil— no supone un riesgo excesivo para la empresa, porque aunque llegara a descubrirse no implicaría fuertes pérdidas económicas.

también individuales (grado de aversión al riesgo de los directivos) o colectivos (presión del mercado, sistema de remuneraciones que incita la búsqueda de beneficios a corto plazo, «omertá» dentro de la empresa, espíritu criminal de grupo, etc.). En definitiva, de toda la *gesamte Strafrechtswissenschaft* es la criminología la que más debe implicarse en la confección de los sistemas de cumplimiento. El plan de estudios ideal para la formación de *compliance officer*, del oficial de ética o de cualquier persona que quiera dedicarse profesionalmente al cumplimiento normativo sería una mezcla de criminología con conocimientos de auditoría y *management* empresarial.

El Derecho penal puede contribuir además a formalizar, aún más, los sistemas de cumplimiento empresarial y a dotarlos de mayores garantías, introduciendo en ellos los valores propios del sistema penal liberal. El Derecho penal necesita seguridad jurídica y puede aportarla al sistema interno de prevención. Por esta razón me parece adecuada la opción que se ha seguido en aquellos países, como Italia o Chile, que, siguiendo el ejemplo de las *Guidelines*, han señalado los elementos básicos de los modelos de organización. Igualmente las garantías y los valores del Derecho penal pueden ayudar a perfilar la regulación de los canales de denuncias, la imposición de sanciones disciplinarias o la realización de investigaciones internas.

3. ¿QUÉ APORTA EL COMPLIANCE AL DERECHO PENAL?

Una vez aclarado que el cumplimiento normativo debe comenzar antes que el cumplimiento con la norma penal y que los sistemas de *compliance* vienen ya dados en gran medida por normas extrapenales, la tarea es integrar este sistema en el Derecho penal, y más concretamente en el sistema de responsabilidad penal —en sentido amplio— de personas jurídicas.

A estas alturas podemos constatar que existe una tendencia fuerte tanto en la legislación como, sobre todo, en la doctrina, a rechazar el modelo vicarial como forma de explicar la responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido por uno de sus empleados²⁵. Situados en un modelo de imputación a la empresa que descansa en la responsabilidad por el hecho propio, en cualquiera de sus variantes, existe acuerdo acerca de que los programas de cumplimiento son una pieza clave para decidir sobre la responsabilidad. De *lege lata*, en un buen número de países europeos (Alemania, Austria, España, Italia, Austria, etc.) la responsabilidad propia de la empresa se basa ya en un defecto de organización o en la denominada «culpabilidad por defecto de organización». Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver

²⁵ Para una crítica del modelo de responsabilidad vicarial, con ulteriores referencias, NIETO MARTÍN (nota 15), pp. 102 y ss.

rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones²⁶.

Más allá de este punto, como vamos a comprobar, los acuerdos dejan de existir.

3.1. Programas de cumplimiento y estructura de la imputación: *offenses and defenses*

Un primer debate sería si la existencia de un programa de cumplimiento debe examinarse en el injusto o en la culpabilidad de la infracción cometida por la persona jurídica. Para algunos autores, el injusto propio de la persona jurídica es un fallo de organización que equivale a no contar con un programa de cumplimiento o no haberlo implantado de manera eficaz. Para otros, en cambio, el programa de cumplimiento se vincula con la culpabilidad. Un programa de cumplimiento eficaz indicaría que la empresa es un buen ciudadano corporativo fiel al Derecho²⁷.

En realidad, lo que ha de aclararse es si respecto a las personas jurídicas tiene sentido un sistema de imputación o de responsabilidad penal basado en las mismas categorías que el existente en el caso de las personas físicas, que adoptara un concepto de delito basado en la estructura del comportamiento, típico, antijurídico, culpable y punible²⁸. Estas categorías responden a las necesidades y problemas específicos de la responsabilidad individual, en el que los elementos subjetivos, los factores personales y los distintos tipos de comportamientos, activos y omisivos, juegan un papel central, por esta razón trasladar este complejo y refinado edificio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta inadecuado, complica innecesariamente la asignación de responsabilidad y además carece de rendimientos prácticos.

Pero más allá de esta cuestión, esta concepción del delito responde a una determinada tradición jurídica, la germánica, que no es mayoritaria en el ámbito internacional. A diferencia del edificio conceptual de la responsabilidad penal individual, que procede del siglo XIX y puede responder a concepciones puramente nacionales, la responsabilidad de las personas jurídicas debe

²⁶ Un análisis actual de los distintos ordenamientos europeos en FIORELLA (ed.), *Corporate Criminal Liability and Compliance Programs. Vol I. Liability Ex Crime of Legal Entities in Member States*, 2012.

²⁷ Una exposición de las distintas posiciones puede verse en FEIJOO SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en DÍAZ MAROTO (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código penal*, 2011, pp. 80 y ss.

²⁸ Véase por ejemplo un intento de este tipo en GÓMEZ JARA, «Una teoría del delito para la persona jurídica», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO/GÓMEZ JARA (eds.), *Tratado de responsabilidad penal de personas jurídicas*, 2012, pp. 119 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español*, 2010, o FEIJOO SÁNCHEZ (nota 27), pp. 80 y ss.

responder necesariamente a una dogmática común compartida internacionalmente. Los destinatarios principales de este tipo de responsabilidad son empresas que realizan su actividad en varios territorios y que por tanto están sujetas simultáneamente a varios ordenamientos jurídicos. Un sistema de responsabilidad armonizado, sencillo y entendible por todas las tradiciones jurídicas, resulta por tanto una necesidad.

El sistema de responsabilidad que mejor se adecúa a estos requisitos (común, sencillo y compartido por todos) es el que opera en el Derecho penal internacional, y en el que se distinguen básicamente dos categorías. La «ofensa» que describe la prohibición y las «defensas» que establecen todos los motivos, materiales o procesales, que pueden llevar a la exclusión de la responsabilidad²⁹. En nuestro caso, la existencia de un delito cometido por la persona física como consecuencia de un defecto de organización, de un programa de cumplimiento defectuoso o mal implementado, constituye el núcleo de la ofensa en la inmensa mayoría de los ordenamientos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas³⁰. Como puede apreciarse, una *offense*, descrita de este modo, plantea fundamentalmente un problema de imputación del delito al defecto de organización o a la ausencia de debido control.

Al igual que ocurre en el Derecho internacional, la diferencia entre *offense* y *defense* determina además la carga de la prueba. Mientras que la *offense*, y por tanto el defecto de organización debería ser probado por la acusación, la prueba de las *defenses* corresponden a la entidad.

En lo que sigue perfilaré los elementos que dentro de este sistema más relación guardan con los programas de cumplimiento. Aunque no se acepte el sistema propuesto, las cuestiones que a continuación van a abordarse resultan comunes a cualquier sistema de imputación que dé relevancia al defecto de organización.

3.2. Bases político-criminales de los programas de cumplimiento: panóptico empresarial v. «stakeholder democracy»

Antes de entrar a perfilar los contenidos de la infracción de la persona jurídica (*offense* y *defense*), la primera cuestión que debe afrontar el legislador o el juez a la hora de determinar qué es un programa de cumplimiento

²⁹ Por todos AMBOS, *La Parte General del Derecho Penal Internacional* (trad. de Ezequiel Male-rino), 2005, pp. 67 y ss.

³⁰ Aunque lógicamente la ofensa de la persona jurídica podría ser construida sobre la sola base de un defecto de organización, es decir, la no adopción de medidas de prevención a las que estaría obligada legalmente. En el Derecho español existen sanciones administrativas contra personas jurídicas que responden a este tipo de *offense* similar a una infracción de peligro o de mera actividad, al respecto DARNACULLETA, «Autorregulación, sanciones administrativa y sanciones disciplinarias», en ARROYO JIMÉNEZ/NIETO MARTÍN (eds.), *Autorregulación y Sanciones*, 2009, pp. 137 y ss.

eficaz es establecer su orientación general y determinar cómo esperan y con qué límites que las empresas realicen su labor preventiva. Se trata de una decisión puramente político-criminal, consistente en decidir si se quiere que las empresas basen el cumplimiento en la implementación de mecanismos de vigilancia o control o si, por el contrario, se considera que el debido control debe hacerse a través de la afirmación de una cultura de la legalidad en la empresa.

En efecto, idealmente existen dos grandes modelos de programas de cumplimiento³¹. El primero de ellos previene a partir de desarrollar un clima de respeto a la legalidad y valores éticos en la empresa a través de la formación. Este tipo de programas orientado a los valores dispone también de medidas de control, pero estas son procedimientos usuales dentro de toda empresa como medidas contables, de selección de proveedores, de personal, control del flujo de efectivo, *due diligence*, etc. Elemento central de un programa de cumplimiento orientado a los valores es el código ético.

El segundo modelo de programa de cumplimiento o debido control se basaría en la vigilancia. Apostaría por medidas de control como el acceso a los correos electrónicos, el registro de las llamadas telefónicas, los accesos a internet, la videovigilancia, contratación de detectives privados, etc. La vigilancia empresarial podría incluir incluso técnicas de *risk profiling*, de manera que se haga una especie de «perfil criminal» de determinados empleados o aspirantes a puestos directivos, estableciendo un índice de riesgo delictivo. Todo programa de cumplimiento tiene que partir de la evaluación del riesgo, pero evidentemente hay un paso consistente en ver cuáles son los riesgos más importantes de la empresa a concretar, cuál es el perfil de riesgo de los empleados. En los últimos tiempos han aparecido incluso en el mercado servicios de *corporate intelligence* que proponen utilizar, como parte del cumplimiento, técnicas muy sofisticadas de análisis de *data mining*, utilizando el *know how* procedente de los servicios secretos.

Aunque un programa de cumplimiento basado en la vigilancia proporcione un mayor control, no cabe duda de que el modelo de cumplimiento preferible debe ser el orientado a los valores, y ello por dos razones. Primera: porque el *compliance* entendido como control y vigilancia convierte a la empresa en una suerte de panóptico que afecta seriamente a derechos fundamentales como la intimidad, secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos. Resultaría además incompatible con el modelo de relaciones laborales europeo crear un sistema de vigilancia empresarial que menoscabe de manera tan desproporcionada los derechos de los trabajadores y sitúe al empresario en la posición de *big brother*. Segunda: porque, como antes señalaba, debemos renunciar a un *criminal compliance*. Los

³¹ Véase esta distinción en TREVIÑO/WEAVER, *Managing Ethics in Business Organizations*, 2002, pp. 89 y ss.

programas de cumplimiento que provienen del Derecho administrativo, de la ética empresarial, de las normas de estandarización, etc., son claramente programas de prevención y no de vigilancia.

A esta radical preferencia por el modelo de cumplimiento orientado a los valores debe hacerse una matización. En la ponderación entre control y libertad debe tenerse en cuenta la distinción entre prevención y reacción. Los medios de control como la videovigilancia, los registros de correos, llamadas, etc., deben proibirse como medios de *fishing*, con el fin de detectar de manera indiscriminada comportamientos infractores en la empresa. La ponderación es distinta cuando se utilizan como medios reactivos, para hacer frente a una infracción que ya se ha detectado. En la investigación del fraude o la corrupción dentro de la empresa pueden utilizarse medios más incisivos. El contexto de legitimidad es diferente. También en las investigaciones estatales distinguimos entre los medios de policía de carácter preventivo y los que se utilizan en la investigación de delitos.

Tomar en serio que la estrategia de los programas de cumplimiento es la promoción de valores internos acordes con el respeto a la legalidad y los derechos fundamentales debe tener consecuencias en la conformación de los canales de denuncias o en el diseño de la política de sanciones disciplinarias. La implantación de canales de denuncias basados en el anonimato, como por ejemplo exige la Sec. 301 (4) *Sarbanes Oxley Act*, se corresponde con un sistema de cumplimiento orientado al control, mientras que basar las denuncias en una regla como la confidencialidad responde más al *compliance* orientado al fomento de valores. El fomento del anonimato, y con ello de los abusos que de él pueden derivarse, solo se explican en un marco donde lo único que importa es el control. La confidencialidad, por el contrario, supone que los responsables de cumplimiento se han esforzado en ganarse la confianza y el respeto de los posibles denunciantes, que a su vez son conscientes de que la acción de denunciar no puede ejercitarse de manera irresponsable. Los canales de denuncias basados en la confidencialidad establecen normalmente sanciones para los responsables de mala fe. Igualmente, las restricciones que el Derecho de protección de datos impone a los canales de denuncias son coherentes con los sistemas de cumplimiento orientados a valores. Solo un programa de cumplimiento donde prime el control, sobre cualquier otro valor, considerará necesario crear un registro secreto de denuncias en el que se conserven, por tiempo indefinido, todos los hechos que han sido denunciados. Un sistema de denuncias empresarial concebido de este modo se acabaría pareciendo a los archivos secretos de los regímenes totalitarios.

El *whistleblowing*, en suma, tiene sin embargo un significado totalmente distinto cuando se inserta dentro de un programa de cumplimiento orientado a la promoción de valores éticos dentro de la empresa. Se convierte en una muestra de acto cívico corporativo. En este contexto no

tienen sentido las denuncias anónimas, cobran pleno sentido todas las exigencias que proceden de la protección de datos e incluso puede darse a los canales de denuncias un papel mediador en la resolución del conflicto, por ejemplo laboral, que en muchas ocasiones ponen de manifiesto las comunicaciones.

Lo mismo cabría señalar en relación con el sistema disciplinario. Un modelo de control orientado a los valores debe concebir las sanciones disciplinarias como *ultima ratio*, imponerlas a través de un proceso donde se respeten las garantías esenciales del proceso justo y emplearlas de manera proporcional, dando segundas oportunidades (*probation*) y a ser posible apostando por sanciones con contenido resocializador (someterse a programas de formación). El despido disciplinario debería utilizarse solo en los casos más graves o para aquellos que ocupan posiciones más relevantes.

Incluso más allá de la configuración de los distintos elementos del programa, la apuesta por los valores debería tener también reflejo en la forma de redactar y aprobar los distintos elementos del programa de cumplimiento y la configuración de sus órganos. Los códigos éticos y otras políticas de empresa son en la inmensa mayoría de las empresas reflejo del poder de dirección del empresario, establecidos unilateralmente por la dirección. Desde el Derecho del trabajo, algunos autores manifiestan que este nuevo tipo de regulaciones laborales atípicas están menoscabando el papel de la negociación colectiva y del convenio colectivo³². Aunque legalmente la mayor parte de los contenidos de los códigos éticos o de las políticas de empresa pueden ser establecidas al amparo del poder de dirección, lo cierto es que serían mucho más creíbles y efectivos si se redactaran a través de un proceso abierto donde tuvieran participación los representantes de los trabajadores pero también otros *stakeholders* cuyos intereses pueden verse afectados por la actividad de la empresa.

La forma de conformar los órganos de vigilancia del sistema de cumplimiento también debería reflejar esta dirección. Como ya se ha indicado, por encima de los concretos responsables de riesgos resulta conveniente crear un órgano de supervisión y coordinación de la eficacia del sistema. El decreto legislativo italiano núm. 231 ha subrayado la necesidad de que este órgano goce además de independencia de los órganos de dirección de la empresa, incluyendo, por ejemplo, miembros independientes. Un programa de cumplimiento orientado a valores debería avanzar aún más en esta dirección, integrando a los representantes de los trabajadores y a *stakeholders* en el órgano de supervisión.

Este tipo de propuestas supone una «vuelta de tuerca» en el sistema de cumplimiento, que le otorgaría mayor efectividad y credibilidad ante los

³² Cfr. GALLEGO CALVO, «Códigos de Conducta y obligaciones éticas de los trabajadores: análisis jurídico», en GONÍ SEÑÍN (dir.), *Ética Empresarial y Códigos de Conducta*, 2011, p. 264.

tribunales, en cuanto que ayuda a evitar que sean degradados por la dirección de la entidad a simples elementos cosméticos, sin virtualidad real. El marco teórico de este nuevo tipo de *compliance* lo constituyen propuestas como la *deliberative bussines ethics*³³ o la *stakeholders democracy* que pasan fundamentalmente por profundizar en las nociones de responsabilidad social corporativa y buen gobierno, enmarcándolas en el modelo de legitimidad propuesto por Habermas³⁴. Gráficamente podría decirse que se trata de pasar del *corporate governance* al *deliberative corporate governance*. Estas ideas conectan igualmente con la ética empresarial republicana de John Braithwaite y su *tripartism*, como forma de generar la autorregulación empresarial y que propone también la participación de los sujetos afectados por la actividad de la empresa en la confección de sus regulaciones³⁵.

Indudablemente un programa de cumplimiento basado en estas ideas supondría una respuesta adecuada a los problemas de legitimación que desde siempre arrastra la autorregulación empresarial y que, sin duda alguna, conseguirán una mayor adhesión de los empleados a los valores y políticas de la empresa. La integración de *stakeholders* en los órganos de supervisión supondría también una respuesta al problema, con el que se encuentran las empresas multinacionales, respecto a cómo actuar en un contexto de normas y usos sociales muy diferentes.

En definitiva, y sea cual sea el marco teórico del que se parta, el mayor control que sin duda suponen los programas de cumplimiento y que se refuerza a través de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede aceptarse sin un incremento de la legitimidad de las decisiones empresariales y de la *accountability* de sus responsables.

3.3. *Offense*: ¿cómo medimos la eficacia de los programas de cumplimiento?

La pregunta anterior ha tenido como objetivo fijar la estructura profunda de los programas de cumplimiento, estableciendo además una serie de límites infranqueables que no deben traspasarse en aras a una mayor eficacia o debido control. Pero una vez situados en unas coordenadas preventivas compatibles con el respeto a los derechos fundamentales, el problema más relevante a la hora de establecer la *offense* es cómo establecer la relación de imputación entre el delito que se ha cometido y el posible defecto en el programa de cumplimiento de la empresa.

³³ BURG, *Journal of Business Ethics* (2009), vol. 88, pp. 665-683; PALAZZO/SCHERER, *Journal of Business Ethics* (2006), vol. 66, pp. 71-88.

³⁴ MATTEN/CRANE, *Business Ethics: A European Review*, 2005, vol. 14.1, pp. 6 y ss.

³⁵ AYRES/BRAITHWAITE, *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, 1992; véase también NIETO MARTÍN (nota 15), pp. 231 y ss.