

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

DEI'S PRAVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

# Penal

Julio 2019



# Revista Penal

Número 44

## Sumario

---

### Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* ..... 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación supralegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* ..... 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* ..... 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* ..... 199

**Sistemas penales comparados:** Criminal compliance ..... 214

### Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

**tirant lo blanch**

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jcferrreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© 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: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

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.

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



## Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa

Juan Carlos Ferré Olivé

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

### Ficha técnica

**Autor:** Juan Carlos Ferré Olivé

**Title:** Reflections on criminal compliance and ethics in the company

**Adscripción institucional:** Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Huelva

**Sumario:** 1. Aproximación al moderno *compliance*. 2. Los riesgos y la diligencia en los espacios extrapenales. 2.1. Riesgos éticos en los negocios (Business Ethics) y responsabilidad social corporativa. 3. Los riesgos y la diligencia bajo amenaza de sanción penal. 3.1. Líneas generales. 3.2. La construcción estricta de un *compliance penal*. 3.3. El mapa de riesgos. 3.4. El deber de vigilancia. 3.5. Los *papers compliance*. 3.6. La exclusión del delito corporativo. 3.7. El blanqueo de dinero y la financiación del terrorismo. 3.8. *Compliance* y delitos “ad intra”. 4. El *compliance* en el sector público. 5. La industria del *compliance* en la *era* del *compliance*. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

**Summary:** 1. Approach to modern compliance. 2. Risks and diligence in extrapena spaces. 2.1. Ethical risks in business (Business Ethics) and corporate social responsibility. 3. Risks and diligence under threat of criminal sanction. 3.1. General lines. 3.2. The strict construction of a criminal compliance. 3.3. The risk map. 3.4. The duty of vigilance. 3.5. The papers compliance. 3.6. The exclusion of corporate crime. 3.7. Money laundering and terrorist financing. 3.8. Compliance and crimes “ad intra”. 4. Compliance in the public sector. 5. The compliance industry in the compliance era. 6. Conclusions. 7. Bibliography.

**Resumen:** Este artículo analiza las principales características del criminal *compliance*. En particular, su implantación a nivel global y las consecuencias éticas y jurídico penales para las empresas que deciden adoptarlo y para las que no lo hacen.

**Palabras clave:** Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Criminal *compliance*. *Compliances* cosméticos. Ética en los negocios.

**Abstract:** This article analyzes the main characteristics of the criminal compliance. Fundamentally, their implementation at the global level and the ethical implications and legal penalties for the companies.

**Key words:** Corporation crimes. Criminal compliance. Papers compliance. Business Ethics.

**Rec:** 02/05/2019 **Fav:** 15/05/2019

### 1. Aproximación al moderno *compliance*

Originario del mundo jurídico anglosajón, el término *compliance* no significa en esencia otra cosa que “to comply with”, es decir, “cumplir con”<sup>1</sup>. Un concepto exageradamente amplio, que en base a la casuística y al pragmatismo del espacio jurídico que le ha visto nacer se ha ido perfilando como cumplimiento normativo, y aún más precisamente como cumplimiento de las normas jurídicas y éticas por parte de las empresas. Como define Kuhlen, se puede entender el *compliance* como el conjunto de “medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse de que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”<sup>2</sup>. Se abre a partir de aquí un abanico de conceptos, porque cumplir con la ley es un mandato básico, ya que las leyes se dictan para ser cumplidas y las infracciones para ser sancionadas. Y las leyes constantemente incumplidas serán de una u otra forma olvidadas o derogadas. Habrá consecuentemente que perfilar aún más el camino que se recorre al hablar de *compliance*, porque existen muchos *compliances*, que producen efecto en los distintos espacios en los que pueden desenvolverse las empresas, ámbitos mercantiles o corporativos, laborales, administrativos, tributarios, *éticos* y también, por cierto, penales. Esto no impide que un único programa preventivo pueda ocuparse de evitar este conjunto de riesgos. Y cumplir un fin de objetivos. Desde el punto de vista mercantil, permitir el acceso a nuevos mercados que exigen certificar el *compliance*. Desde el tributario, una menor presión de la inspección. Desde el ético, una mejora de imagen y reputación. Desde el administrativo o penal, una rebaja o exclusión de sanciones. La empresa que decide adoptar el *compliance* debe encarar una amplia reorganización de su estructura interna, apro-

vechando el mecanismo de control de riesgos con el que ya cuenta, en su caso, y complementándolo para dotarlo de una nueva arquitectura.

Todos los *compliances* tienen en común la idea de riesgo. Y los riesgos son por naturaleza graduables y en buena medida predecibles. El *compliance* hace referencia a la voluntad de neutralizar programadamente los riesgos que se generan en el seno de las empresas, derivados de la propia actividad empresarial. También puedo afirmar que en líneas generales existe una contrapartida del riesgo, que no es en sí nada novedosa, pues está prevista desde el Derecho Romano: el actuar diligente por parte del empresario. En Roma, el deber de diligencia a través de una gestión adecuada no sólo era impuesto frente a terceros, sino que se imponía a uno mismo frente a sus propios riesgos, por lo que se puede considerar el precedente más remoto del *compliance*<sup>3</sup>. No hay mucho nuevo bajo el sol.

Habrà que tomar, como necesario punto de partida, la evolución internacional en las exigencias de cumplimiento normativo para las empresas. Las normas jurídicas exigen cada vez más que las empresas controlen sus propias fuentes de riesgo. Así, lo que ha comenzado tíbiamente en la prevención de riesgos laborales, se ha extendido al blanqueo de dinero, a la financiación del terrorismo, al mercado de valores y un largo etcétera. En definitiva, ha culminado por extenderse cual mancha de aceite al espacio punitivo que afecta a la totalidad de las empresas<sup>4</sup>. Así ha ido naciendo una familia que va en aumento: *compliance* penal (*criminal compliance*), *compliance* tributario (*tax compliance*), *compliance* anticorrupción o antisoborno (*antibribery compliance*), *compliance* en el sector público (*public compliance*), *anti-trust compliance* y una larga lista de nuevos espacios y materias, enormemente sobredimensionados como cuando se habla, por ejemplo, del

1 Como destaca P. García Cavero en “Criminal compliance” ed. Palestra, Perú, 2014, p. 9, el término *compliance* proviene del inglés, “to comply with” en el sentido de *cumplir con* y se ha extendido ampliamente en el mundo empresarial para significar la adopción de medidas internas para “asegurar la observancia de las leyes, estándares y protocolos”. También cfr. Li, B. “China report” en Revista Penal 44 y Rotsch, T. “Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance”. Anuario de Derecho Penal Económico nº 3, 2015, p. 14 y s.

2 Cfr. Kuhlen, L. “Cuestiones fundamentales de *compliance* y Derecho Penal”, en AAVV, “*Compliance* y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 51.

3 Cfr. Cancelli, F. “Diligenza (Dir.Rom.)” en Enciclopedia del Diritto, Vol. XII, Milán, 1964, p. 517 y s. Cfr. también Stirpe, A. “La diligenza come criterio di responsabilità dell’obbligato: evoluzione storica della regola giuridica - Gli amministratori di società”, Luiss, Roma, 2008, p. 7 y s. y San Martín Neira, L. “El deber de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas”, en AAVV, “Estudios latinoamericanos de Derecho Romano”, UNAM, México, 2017, p. 451.

4 Cfr. Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en AAVV, *Compliance* y teoría del delito”, Madrid, 2013, p. 23 y s. La influencia de los Estados Unidos en esta materia es total, ya que incluso podría aplicarse la jurisdicción norteamericana a las conductas de personas jurídicas extranjeras que cotizan en los mercados de valores de los Estados Unidos. Cfr. al respecto Gimeno Beviá, J. “*Compliance* y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”. Navarra. 2016, p. 46 y s.

compliance en las conductas sexuales<sup>5</sup> Incluso ya se defiende una *ciencia del compliance*<sup>6</sup>.

Son muchos los autores que coinciden en calificar al compliance como una manifestación de *cultura*: cultura de cumplimiento normativo<sup>7</sup>, cultura de fidelidad al Derecho, cultura de integridad en los negocios, cultura empresarial, cultura organizacional<sup>8</sup>, etc. También es un concepto reiterado por algunas instancias normativas internacionales<sup>9</sup>. Dificilmente coinciden estos conceptos de *cultura* con los que contempla el Diccionario de la RAE, ya que no se trata de un “cultivo”, ni de un “conjunto de conocimientos que permite a alguien desarrollar su juicio crítico”. Tal vez pueda aproximarse a la tercera acepción, omnicomprensiva, que integra dentro de cultura a un “conjunto de modos de vida y costumbres, conocimientos y grado de desarrollo artístico, científico, industrial, en una época, grupo social, etc.” Nos ceñimos a considerar esta cultura como un conjunto de modos de vida y costumbres empresariales, que se materializan en una serie de criterios o pautas de conducta para un mejor cumplimiento de la ley y de las normas éticas.

El impacto internacional del compliance, una “moda” que puede ser más o menos pasajera, está sin duda conmocionando el mundo de los negocios. Por poner un ejemplo muy significativo, los riesgos del compliance están afectando y preocupando enormemente desde 2018 a la economía china y a sus empresas más poderosas, fundamentalmente por la ausencia de suficientes controles a la exportación. Los estudiantes chinos de Derecho penal ya son obligados a mejorar sus estudios sobre criminal compliance<sup>10</sup>.

Ante los reiterados escándalos universales provocados por la falta de escrúpulos de algunos directivos de entidades comerciales en su afán de enriquecerse —cometiendo reiteradas infracciones que han puesto

en serio peligro el orden económico mundial e incrementado la pobreza por doquier—, se intenta una reestructuración general de los negocios que exige mecanismos de autorregulación y control. Todavía está por ver si la metodología empleada es la correcta, aunque por el momento parece sumarse a las soluciones que se arbitraron antes de que se produjeran todos estos desenfrenos mercantiles, que terminaron pagando — como siempre— los ciudadanos a través de la subida de impuestos y la pérdida de valor de sus ahorros. Sin embargo, aquí aparecen las primeras dudas. Un sistema desarrollado en el contexto norteamericano, con un Estado poco presente y escasamente regulador ¿puede trasplantarse a Europa, América Latina u otras regiones del planeta donde existe un Estado regulador —en ocasiones bastante corrupto, por cierto— que al menos en teoría se ocupa de controlar la economía y la actividad de las empresas?

## 2. Los riesgos y la diligencia en espacios extrapenales

El *compliance* se estructura en torno a la autorregulación y a la vigilancia interna, generando un importante cambio de perspectiva<sup>11</sup>. La autorregulación es sin duda cada día más necesaria, pues nadie es mejor que la propia empresa para conocer y controlar los riesgos que genera con su actividad. Pero tampoco se le deben adjudicar propiedades milagrosas, como defender que el compliance hubiera podido ser por sí mismo el remedio para la recuperación del sistema financiero internacional tras la crisis financiera mundial del año 2008<sup>12</sup>. El control del cumplimiento normativo (no violar la ley en general) que debe ejercitar permanentemente el Estado se traslada a la propia empresa a través de estos nuevos mecanismos. Pero se excede el requisito del cumplimiento de la legalidad pues comprende

5 Cfr. Gutiérrez Arranz, R. “El acoso sexual: Prevención. Compliance y marco legal” editorial Aranzadi, 2018. Apuntan que algunos programas de prevención incorporan el acoso sexual y la discriminación laboral González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 155.

6 Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AAVV “Criminalidad de empresa y compliance”, Barcelona 2013, p. 54.

7 Así Silva Sánchez, J. M. “Deber de vigilancia y compliance empresarial”, en AAVV “Compliance y teoría del Derecho Penal, Madrid, 2013, p. 100, Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento...?” *op. cit.*, p. 56.

8 Cfr. Neira Pena, A. M. “La defensa penal de la persona jurídica”, Navarra, 2018, p. 283.

9 Así, la “Recomendación del Consejo de la OCDE sobre Integridad Pública”, de 26 de enero de 2017, pues recomienda en su apartado III. 9 “Favorecer una cultura organizativa de la transparencia...”

10 Cfr. Li, B. “China report”, *op. y loc. cit.*

11 Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 100, quien habla de “*autovigilancia*”.

12 Así lo sostiene González de León Berini, A. siguiendo a autores norteamericanos, en “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en AAVV, Criminalidad de empresa y compliance”, Barcelona, 2013, p. 78 y s. Sin embargo, las principales empresas que generaron la crisis desde los Estados Unidos estaban perfectamente *autorreguladas*, mientras se culpabilizaba de la crisis a la falta de controles estatales sobre ellas. Faltaba control, no autorregulación.

también un reforzamiento de la ética empresarial<sup>13</sup>. El ahorro de costes públicos en vigilancia y una mejora de resultados preventivos deberían resultar evidentes. Al hablar de autorregulación se advierte que existe previamente otro elemento equilibrante, pero mucho más oneroso desde la perspectiva del gasto público, como es el de la regulación por parte del Estado. La regulación marca las áreas de intervención pública prioritaria, aquellas que requieren un control más intenso. Dentro de estas áreas sensibles encontramos situaciones muy conflictivas, pues en determinados sectores es frecuente apreciar la *captura regulatoria*, que se da cuando el regulador público interviene favoreciendo intereses privados específicos o deja de intervenir y controlar, mermando la protección del interés general<sup>14</sup>. Puede hacerlo porque algún representante ha recibido sobornos, por presiones políticas directas o indirectas (grupos de presión en el parlamento), porque el político o responsable espera ser colocado en ese sector empresarial cuando abandone la función pública (las llamadas *puertas giratorias*), o por otras múltiples causas. Los recientes escándalos financieros internacionales (Arthur Andersen, Enron, Lehman Brothers, Siemens AG, Parmalat, los que afectan a fabricantes de automóviles, aviones, a la industria farmacéutica, etc.) están muy relacionados con el *capitalismo de amigos*, es decir, con la captura regulatoria, que se caracteriza por ceder espacios al regulado, una falta de control de la que suelen derivar auténticas catástrofes. Tal vez con estos precedentes podría afirmarse la ventaja de la autorregulación (*compliance*) frente al control estatal directo. Así se defiende doctrinalmente por Bermejo y Palermo, quienes sostienen que los ámbitos de autorregulación empresarial pueden “tener mejor en cuenta las diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna que las regulaciones administrativas o jurídico-penales”. Basan su tesis en los “conocimientos especiales de las empresas”, en “sus posibilidades de intervención

global (no siempre disponibles para el Estado o los organismos internacionales)” así como en “su dominio de medios de control centrales para la prevención del delito, las competencias jerárquicas para dictar instrucciones y la disponibilidad del sistema de información”<sup>15</sup>. Se plantea, en definitiva, la difícil opción entre control estatal y autorregulación, aunque no puede ignorarse que la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el sistema autorregulatorio que consagra el *compliance* conforman hasta cierto punto una forma de *privatizar* el control del delito en el seno de las empresas<sup>16</sup>. En definitiva, la autorregulación no difiere demasiado de la captura regulatoria en cuanto que el regulador deja de intervenir y controlar, con lo que las ya mentadas empresas o sus competidores tendrán plena libertad para desarrollar o no una lucha preventiva de los escándalos económicos previamente descritos.

No puede dejar de preocuparnos la idea que se está difundiendo con gran reiteración en medios científicos, en el sentido que el Estado no puede controlar los avances técnicos y los riesgos que de ellos derivan y, consecuentemente, ante la carencia de suficiente formación, información y competencias, el Estado puede y debe retirarse de cualquier responsabilidad, confiando plenamente en la autorresponsabilidad empresarial. Consecuentemente se habla de teoría de los sistemas, de *poli-centrismo*, de unas empresas que se han convertido en las mayores generadoras de riesgo y conocimientos, y de todo ello deriva la obligación de una sustancial transformación del Estado y del Derecho<sup>17</sup>. El Estado se habría convertido en un *ente incapaz*, y abandonando posiciones intervencionistas procedería a derivar el control de riesgos y exigir mayor responsabilidad a las empresas, adoptando el mero papel de supervisor<sup>18</sup>. Otros autores matizan estas ideas asignando al Estado un simple cambio de rumbo en su estrategia y no el reconocimiento de su fracaso. Con la asunción de un papel supervisor el Estado no estaría en retirada, sino que

13 Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 100.

14 Sobre esta problemática, cfr. Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. “Corruption and Government”. 2ª ed. New York, 2016, y en particular Dal Bo, E. “Regulatory capture: a Review”, *Oxford Review of Economic Policy*, vol. 22, nº 2, p. 203 y s.

15 Así los consideran Bermejo, M. y Palermo, O. “La intervención delictiva del compliance officer”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 176.

16 Cfr. Sieber, U. “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 63 y s., Nieto Martín, A. “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 201. Así también Montiel, J.P. “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 224. Caro Coria habla de la creación de un *sistema policial interno* que impida la comisión de delitos. Cfr. “Compliance y corrupción”, *op. cit.*, p. 112.

17 La tesis es enunciada por Günther Heine, y descrita y defendida en Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile, 2018, p. 215 y s.

18 Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...” *op. cit.*, p. 220 y s., Goena Vives, B. “Responsabilidad penal y atenuantes en las personas jurídicas”, Madrid, 2017 p. 208 y s.

tomaría el timón de la nave, logrando mejores resultados en la tarea de disciplinar la actividad empresarial<sup>19</sup>.

Existen otros planteamientos que acrecientan la perplejidad de cualquier observador racional cuando se postula la cesión a la empresa del *ius puniendi* sobre sus propios trabajadores, concediéndole facultades penales en relación con todos los delitos cometidos en su seno, generando importantes ahorros al Estado en la persecución, prueba y sanción de los hechos delictivos, planteamientos a los que no resta importancia un sector doctrinal en España<sup>20</sup>. Evidentemente, no pueden concederse a las normas autorregulatorias del sector privado los mismos efectos que reciben las normas que pertenecen en exclusiva a los poderes públicos<sup>21</sup>. Si se produjera una cesión del *ius puniendi* estatal a las empresas se estarían conculcando estrepitosamente las bases del Estado de Derecho.

### 2.1. Riesgos éticos en los negocios (*Business Ethics*) y responsabilidad social corporativa

Pocas discusiones son más antiguas y agudas que las desarrolladas en torno a la ética en la empresa o en los negocios (*Business Ethics*). Esta ética tiene muchas variables, porque los principios éticos deben presidir la actuación de los directivos y de la propia empresa en cuanto a sus decisiones y estrategia, en sus relaciones económicas y sociales. La reputación de la empresa es cada vez más un valor al alza, y dicha reputación está condicionada en buena medida por la ética de sus decisiones. El *compliance* es también la exteriorización del compromiso ético de la empresa, un pacto de integridad moral empresarial, como manifestación de su buen gobierno. La ética empresarial está de moda. Todas las grandes empresas han suscrito sus propios códigos éticos. En ellos se comprometen a luchar contra la corrupción y todo tipo de malas prácticas, defender la protección de datos, sancionar a los trabajadores que incumplan esas normas, etc. Como recuerda Nieto Martín,

en los Estados Unidos las Guidelines hacen referencia expresa al “*Compliance and Ethics Programs*”<sup>22</sup>. Para entender que se sustentan principios éticos, éstos deben surgir del propio programa de prevención de delitos que genera la empresa. Así, por ejemplo, el código ético de toda empresa debe consagrar una política anticorrupción, acompañada de un mecanismo interno de sanciones en caso de incumplimiento<sup>23</sup>.

La expansión global de los modelos de compliance ha permitido una nueva visualización y transparencia de los *compromisos sociales* asumidos por la empresa, que se presentan como un espacio nuevo de responsabilidades empresariales, entrando aquí en el terreno propio de las *responsabilidades éticas*<sup>24</sup>. Son planteamientos que reflejan una gran influencia norteamericana, manejando conceptos como la “responsabilidad social corporativa” que llevan a las empresas a perseguir un doble objetivo a través del compliance: el cumplimiento de la ley en sentido estricto más la defensa de normas éticas que conducen a controlar el impacto social de sus actuaciones<sup>25</sup>.

De esta forma cobra enorme importancia la responsabilidad social<sup>26</sup>, en base a la cual las empresas deberían incorporar nuevos objetivos y valores: una gestión que tienda a la mejora social y ambiental, al respeto a los Derechos Humanos, a la Justicia Social, a cumplir estrictamente con los compromisos asumidos, etc. Se trata de una *cultura ética*, que excede el mero respeto de la ley y que debe atender al impacto social del negocio que desarrolla la empresa, como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos respaldados por la ONU desde 2011. Así, el *Compliance Officer* se ocupará de incrementar los aspectos sociales a través de distintos caminos o fuentes que permitan combinar los beneficios económicos con los rendimientos sociales, lo que en algunos casos debería llevar, incluso, a perder oportunidades de negocio<sup>27</sup>.

Pero estos anhelados objetivos deben diferenciarse claramente de las responsabilidades penales<sup>28</sup>. En

19 Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AAVV “Criminalidad de empresa y compliance”, Barcelona, 2013, p. 46 y s.

20 Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...” *op. cit.*, p. 225 y s.

21 Cfr. Coca Vila, I. “¿Programas de cumplimiento...?” *op. cit.*, p. 53.

22 Cfr. Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...” *op. cit.*, p. 25.

23 Cfr. Nieto Martín, A. “La privatización...” *op. cit.*, p. 205.

24 Cfr. Hernández Cuadra, E. “La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de compliance, en AAVV (dir. Frago Amada) “Actualidad compliance 2018”, Navarra, 2018, p. 34. Destaca esta autora que esta es la línea en la que se mueve la norma UNE-ISO 19600 sobre sistemas de gestión del compliance.

25 Sobre esta compleja problemática, ampliamente, Cigüela Sola, J. “La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal, Madrid, 2015, p. 247 y s.

26 Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo en el Código Penal español” 2ª ed. Navarra, 2016, p. 21 y s.

27 Cfr. Aznar, E. “¿Cómo y para qué crear una cultura ética en las organizaciones?”, en AAVV, “Actualidad compliance 2018”, Navarra, 2018, p. 66.

28 Cfr. Gómez Martín, V. “Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobos?”, en AAVV, “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile, 2018, p. 25.

realidad, los beneficios para una empresa que adopta programas de *compliance* se multiplican, y mucho más tratándose de grandes empresas: eventuales exoneraciones o reducciones de pena, ahorro en pleitos y abogados, detección anticipada de eventuales delitos, una mejora reputacional...<sup>29</sup>. ¡Incluso un buen lavado de conciencia! Tal vez no estemos desencaminados al afirmar que un buen *compliance* program revaloriza comercialmente a la propia empresa, lo que supone una nueva estrategia mercantil<sup>30</sup>. En definitiva, el *compliance* supone una solución muy positiva para las empresas y mercados, en particular para las de mayores dimensiones y proyección transnacional, pero también para PYMES y otras de menor volumen de negocio. A todos interesa demostrar que se cumple la ley y que sus negocios son limpios.

La mencionada ética empresarial puede generar excelentes resultados a través de los *compliance* programs, con favorables consecuencias reputacionales e incluso incrementando el valor económico de la empresa. Sin embargo, un comportamiento poco ético no debe tener necesarias consecuencias negativas de cara al criminal *compliance*. La pena para personas físicas y jurídicas surge para permitir, dentro de los parámetros del Estado de derecho, una adecuada tutela de bienes jurídicos. El Derecho Penal utiliza para ello normas imperativas, a las que asocia las consecuencias jurídicas más contundentes. El *compliance* penal puede llegar a neutralizar o limitar las consecuencias jurídicas del delito, es decir, los efectos de una norma imperativa.

La pena no se justifica en reproches ético-jurídicos, sino en la prevención del delito. La sanción penal se fundamenta en criterios racionales de política criminal<sup>31</sup>. Como sostiene Navarro Cardoso, existen delitos como la corrupción en el sector público que encierran en esencia un problema ético<sup>32</sup>. Pero la sanción penal no deviene por tratarse de un conflicto ético sino jurídico, porque el sujeto simultáneamente ha lesionado un bien jurídico-penal. En síntesis, efectivamente debe existir un espacio para la ética en la actuación empresarial, que no debe confundirse con las responsabilidades pe-

nales. Y lo que es más importante: las decisiones que se adopten conforme a la legalidad, pero cuestionables éticamente no pueden servir de fundamento a la responsabilidad penal en ningún caso, ni de personas físicas ni de personas jurídicas. Esto nos conduce a considerar altamente positiva la gestión ética en la actividad empresarial —valorable a efectos desincriminadores o de otra naturaleza— pero en ningún caso condenar a personas físicas o jurídicas por conductas exclusivamente cuestionables como contrarias a la ética empresarial. Así, por ejemplo, imaginamos actividades empresariales que no están prohibidas legalmente *in situ*, pero tampoco son éticas, como el abuso del trabajo infantil en países del tercer mundo. La empresa que no desarrolle esas conductas poco éticas tendrá mejor reputación, que se podrá trasladar a su valor en el mercado, al incremento de consumidores e incluso a poder alegar buena conducta empresarial para evitar algún tipo de responsabilidad penal. Pero en ningún caso podrá por ese solo hecho ser condenada penalmente, pues el orden legal no prohíbe ese tipo de contrataciones laborales, tan poco éticas como conformes a la legalidad vigente en el lugar de los hechos<sup>33</sup>.

Dejando de lado la función de protección o tutela penal, la pregunta puede centrarse en torno a la culpabilidad de la empresa, es decir, si desde esta perspectiva la empresa puede considerarse un *agente moral*. A partir de la irrupción de los planteamientos funcionalistas, el Derecho penal y la culpabilidad han mitigado la influencia de lo moral, que sigue muy firme en buena parte de la doctrina norteamericana —que sustenta la culpabilidad moral— pero no alcanza idéntica entidad en muchos otros ordenamientos jurídicos.

En definitiva, es misión del derecho penal *prevenir delitos*, no *moralizar empresas*. Analizando los fines preventivos de la pena respecto a las personas físicas —únicas punibles en aquellos años— sostuvo Barbero Santos que *socializar* significa “que el sujeto lleve en el futuro una vida sin cometer delitos, no que haga suyos los valores de una sociedad que puede repudiar”<sup>34</sup>. Las empresas que delinquen y por ello reciben penas nece-

29 Cfr. Gimeno Beviá, J. “Compliance y proceso penal...” *op. cit.*, p. 254 y s. Este autor destaca también que existen desventajas para las empresas que adoptan el *Compliance*, como el cambio de prácticas comerciales, no concretar determinados negocios, etc.

30 Cfr. González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AAVV “El Derecho penal económico en la era del *compliance*”, Valencia, 2013, p. 155.

31 Así, claramente, Gómez Benítez, J.M. “Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad”, en AAVV, “Política criminal y nuevo Derecho Penal”, Barcelona, 1997, p. 274. Por eso sorprende que al día de hoy se pueda considerar al Código Penal como “una codificación normativa de la ética, dando respuesta así a la necesidad de los individuos que viven en comunidad de establecer unos mínimos morales que garanticen su convivencia pacífica”. Así, Hernández Cuadra, E. “La importancia de adoptar...” *op. cit.*, p. 26.

32 Cfr. Navarro Cardoso, F. “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia, 2018, p. 272.

33 Entiende Hernández Cuadra que en estos casos las normas jurídicas llegan tarde y la prevalencia de la ética evitaría que los hechos vuelvan a producirse. Cfr. “La importancia de adoptar...” *op. cit.*, p. 30

34 Cfr. Barbero Santos, M. “Marginación social y Derecho represivo”, Barcelona, 1980, p. 161.

sitan ser preventivamente socializadas en el respeto a la ley penal, con independencia de que les guste o no les guste, y aunque la acepten a regañadientes. Las sanciones penales a las personas jurídicas deben perseguir la completa inhibición de éstas ante el delito, y en ningún caso que ajusten sus decisiones al marco construido sobre una muy anheladas bases éticas. Los beneficios y premios por las actuaciones éticas de las empresas sólo podrían encararse desde el Estado por *vías no penales*.

### 3. Los riesgos y la diligencia bajo amenaza de sanción penal.

Cuando comenzamos a hablar específicamente del *compliance* penal, se debe diferenciar claramente la estructura y efectos de este tipo de *compliance* de las finalidades perseguidas por sus otras manifestaciones. Si bien es cierto que las responsabilidades penales de la empresa se han ido incardinando en el contexto de los modelos organizativos de gestión empresarial, no es menos cierto que las consecuencias jurídicas y extrajurídicas de las carencias e infracciones no son comparables. En otras palabras, los efectos mercantiles, éticos, reputacionales, y de cualquier naturaleza distintos a la pena no pueden confundirse con ésta.

En una aproximación básica podemos caracterizar el *compliance* como una serie de mecanismos de prevención de riesgos que necesitan todas las empresas para poder operar en los mercados nacionales e internacionales, cumpliendo las exigencias de las administraciones públicas, de bancos, de inversores, etc. Como afirma Bajo Fernández, con ellos se busca la creación de una *cultura empresarial de fidelidad al Derecho*<sup>35</sup>, dejando al mismo tiempo indicios claros a los miembros y trabajadores de la persona jurídica para que conozcan cuáles son los comportamientos correctos en su ámbito empresarial de actuación<sup>36</sup>. En este contexto se puede afirmar con seguridad que el *compliance* potencia el respeto al Derecho dentro de la empresa, la confirmación de la vigencia de la ley<sup>37</sup>, pero que incluso va más allá, pues abarca compromisos que las empresas eligen

cumplir sin que su ausencia resulte reñida con la legalidad vigente.

La relevancia penal es, en definitiva, secundaria<sup>38</sup>. O, dicho en otros términos, el *compliance* en esencia no es Derecho penal, sino un mecanismo de gerenciamiento de riesgos basado en reglas técnicas de gestión corporativa, interesándose el Derecho penal por alguno de esos sectores en la medida en que exista afección a bienes jurídicos<sup>39</sup>. Para llegar a este tipo de responsabilidades penales previamente debe haberse consagrado una respuesta penal en sentido estricto para las personas jurídicas, y en este contexto, como defiende Silva Sánchez, “el *compliance program* conforma un marco de riesgo permitido para la persona jurídica”<sup>40</sup>. En algunos países en los que tal tipo de responsabilidad penal de las personas jurídicas no existe, se suele denominar criminal *compliance* a los mecanismos que neutralizan infracciones y sanciones administrativas<sup>41</sup>. Podría hablarse en su caso de *administrative compliance*, hasta que el legislador correspondiente se decida a criminalizar conductas de las corporaciones mercantiles, pero no de un genuino *compliance penal*.

A partir de aquí no debe pensarse que el simple hecho de adoptar un programa de cumplimiento puede garantizar automáticamente la impunidad en sede penal. Como ha apuntado Quintero Olivares, este tipo de precauciones no puede funcionar como una *vacuna jurídica* preventiva<sup>42</sup>. Es un elemento imprescindible para poder apreciar una eximente o atenuante en sede penal, pero debe sumarse a otra serie de requisitos que se exigen en el mismo marco legal<sup>43</sup>. Y obviamente, debe convencer a los juzgadores de que no se trata del cumplimiento formal de unos requisitos legales, sino de un genuino mecanismo preventivo de delitos, apto para la reducción de esta clase de riesgos.

En esta materia poseen particular influencia las pautas empresariales que proceden de los Estados Unidos. En los años '90 se aprobaron en el ámbito federal de los Estados Unidos una serie de directrices (*sentencing guidelines*) dirigidas a determinar la pena en caso de

35 Cfr. Bajo Fernández, M. en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra, 2012, p. 40. En el mismo sentido Gómez-Jara Díez, C. en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra, 2012, p. 205.

36 Cfr. Feijoo Sánchez, B. en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra, 2012, p. 106.

37 Cfr. García Caverro, P. “Compliance y lavado de activos” en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile, 2018, p. 156.

38 Cfr. Quintero Olivares, G. “Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal”, en AAVV “Derecho penal económico y Derechos Humanos”, Valencia, 2018 p. 113.

39 Así, Caro Coria, D. “Imputación objetiva y Compliance penal”, Revista General de Derecho Penal 30, 2018, p. 2 y s.

40 Cfr. Silva Sánchez, J.M. “Fundamentos del Derecho penal de la Empresa”, ed. Edisofer, Madrid, 2013, p. 287.

41 Es lo que ocurre en el Perú. Cfr. al respecto Caro Coria, D. “Imputación objetiva y compliance penal” *op. cit.*, p. 9.

42 Cfr. Quintero Olivares, G. “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”, Navarra, 2015, p. 88.

43 Cfr. Galán Muñoz, A. “Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015”, Valencia, 2017, p. 129.

responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>44</sup>. Estas directrices se siguen actualizando anualmente (*United States Sentencing Commission Guidelines Manual*)<sup>45</sup>. Se trata de una serie de pautas que permiten rebajar la pena para la persona jurídica, esencialmente si se han adoptado *compliance programs*, si existen procedimientos eficaces para la prevención y detección de delitos, la promoción de una efectiva cultura corporativa que favorezca el cumplimiento del Derecho y los comportamientos éticos en la empresa (Sección §8B 2.1). Fundamentalmente prevalece la idea de riesgo, que lleva a la construcción de un *compliance* efectivo y ético, acompañado de la exigencia de una serie de conductas por parte de la empresa (la denuncia de los hechos, la cooperación con la investigación, la designación de responsables y controladores, los canales de denuncia, la formación de los trabajadores, incluso la modificación del *compliance* si éste ha fracasado por la comisión de un delito, etc.)<sup>46</sup>.

Según se describe en los criterios de evaluación de Corporate Compliance Programs que realiza periódicamente la División Criminal del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, los fiscales deben tener en cuenta la adecuación y efectividad de estos programas cuando se decide la formulación de cargos o la negociación de conformidades (*plea bargaining*). Los fiscales deben decidir atendiendo a tres temáticas fundamentales: ¿Está el Corporate Compliance Program correctamente diseñado?; ¿El programa se aplica seriamente y de buena fe? (¿se ha implementado eficazmente?), y ¿El programa funciona en la práctica?<sup>47</sup>.

### 3.1. Líneas generales

El *compliance* penal se gesta para prevenir delitos y, por lo tanto, parece obvio que debe resultar ajustado al

sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>48</sup> y al marco de principios constitucionales vigentes en materia penal ya que, como afirma Lascuraín, “como es muy peligroso, disparar con cañón tiene sus reglas, sus estrictas garantías, sus principios, no coincidentes en sus exigencias prácticas con las labores de artillería menos contundentes”<sup>49</sup>. Para llegar a la utilización práctica del *compliance program* debemos partir, por lo tanto, de la necesidad de constatar un hecho punible previo, imputable tanto a una persona física —determinada o indeterminada— como a una persona jurídica —esta sí plenamente determinada—<sup>50</sup>.

Son medidas dirigidas a evitar delitos controlando los procesos productivos y la conducta de directivos y trabajadores. En definitiva, un mecanismo que obliga a la empresa a mantenerse dentro del espacio del riesgo permitido. El *compliance* se basa, entonces, en la autorregulación y en la prevención. A partir de la presencia o ausencia de un *compliance* que sea conforme con los requisitos legales se pueden generar diferentes consecuencias jurídicas. En el caso del *compliance* penal, se pretenderá una mayor prevención de riesgos penales, premiando con una exoneración o atenuación de la pena que pudiera corresponder a la persona jurídica. Sin embargo, se ha generalizado entre muchos autores la idea de que el *compliance* deriva en una plena delegación regulatoria a las empresas que asumen códigos disciplinarios internos, pero pueden ser sancionadas si dicha autorregulación es contraria a Derecho. Se habla, por ello, de una “*autorregulación regulada*” o “*enforced self-regulation*”<sup>51</sup>, caracterizada por Sieber como “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

44 Nagel, Ilene H. and Swenson, Winthrop M., “The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future” (1993). *Articles by Maurer Faculty*. Paper 2179. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2179>

45 La más reciente actualización en <https://www.uscc.gov/guidelines/2018-guidelines-manual>

46 Cfr. Villegas García, M. A. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”. Aranzadi, Navarra, 2016, p. 313 y s.

47 Cfr. U.S. Department of Justice - Criminal Division - Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated April 2019).

48 Sobre la necesidad de tomarse en serio la responsabilidad penal de las personas jurídicas y de desarrollar criterios de imputación viables y respetuosos de las garantías penales, cfr. Gómez-Jara Díez, C. “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y *compliance program*”, Santiago de Chile, 2018, p. 65 y s.

49 Cfr. Lascuraín, J.A. “Compliance, debido control y unos refrescos” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del *compliance*”, Valencia, 2013, p. 116. De tal forma se reafirma la vigencia de los principios clásicos en materia penal: legalidad, proporcionalidad, culpabilidad, igualdad y prohibición de sanciones inhumanas.

50 La bibliografía española sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas y *compliance* es, al día de hoy, completamente inabarcable. Sobre estas problemáticas en general puede verse, a título de ejemplo, Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo en el Código Penal español” 2ª ed. Navarra. 2016, p. 17 y s.

51 Cfr. Braithwaite, J. “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control” *Michigan Law Review* Vol. 80, No. 7, 1982, p. 1466 y s.

emplea para estimular o presionar para su adopción<sup>52</sup>. Este concepto debe entenderse como la concesión de libertad a las empresas para regularse, pero a la vez esa libertad que se otorga no es plena, sino sometida a controles públicos obligatorios. Se trata de actividades riesgosas de todo tipo (económico-financiero, industrias de alimentos, medicamentos, etc.) que están sometidas a importantes controles administrativos que no pueden obviarse por el hecho de contar con un buen marco organizativo de prevención delictiva. Sin embargo, la expansión internacional de las empresas exige soluciones de control multirregionales, a partir de la mutación del régimen de intervención del poder público, consagrándose por ello un sistema de *gobernanza multinivel* en el marco del Derecho Administrativo<sup>53</sup>.

La autorregulación en materia penal no es más que la exclusión del Derecho penal para resolver los posibles conflictos. Como acertadamente apunta González Cussac, todo se gesta en los Estados Unidos donde se ha ido logrando primeramente la desregulación administrativa y de derecho privado, eliminando controles del Estado. Pero ante los increíbles escándalos financieros generados por grandes empresas debía recurrirse a la legislación penal: “aceptaban la regulación (la posibilidad de castigo a la empresa), pero a cambio impusieron los programas de cumplimiento y prevención de delitos, una remozada traslación de los códigos de conducta al derecho penal (el incentivo)”<sup>54</sup>. El modelo se expandió posteriormente por todo el mundo occidental y más recientemente por el oriental.

### 3.2. La construcción estricta de un compliance penal

El compliance penal forma parte de la más reciente tendencia científica que se desarrolla en torno al derecho penal del riesgo<sup>55</sup>. La evolución de la economía ha llevado a la generación de innumerables nuevos riesgos, concretamente a importantísimos *riesgos financieros globales*<sup>56</sup>, y a una profundización de los límites entre riesgos prohibidos y riesgos permitidos. Obviamente, un nuevo riesgo puede encuadrarse perfectamente dentro del ordenamiento jurídico, pero corresponde a la empresa que lo genera preocuparse por prevenir que derive en hechos punibles. Consecuentemente, el compliance penal debe disminuir el posible daño que genera ese riesgo<sup>57</sup>.

Desde una perspectiva penal, cobra mayor auge día a día la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El modelo de *culpabilidad de la empresa* o de autorresponsabilidad se basa en no estructurar la responsabilidad trasladando automáticamente la culpabilidad individual de la persona física que ha actuado hacia el ente jurídico, sino que se fundamenta sobre la base de una culpabilidad propia. Desde esta perspectiva destaca la teoría de Klaus Tiedemann que basa la culpabilidad en un *defecto de organización* (*Organisationsverschulden*) de la persona jurídica, en el sentido de una responsabilidad social<sup>58</sup>. En otras palabras, la pena se impone por haberse cometido un hecho delictivo (tipicidad penal) pero también por existir defectos estructurales en orden al cumplimiento de la legalidad penal, que normalmente se han ido gestado por decisiones defectuosas tomadas a lo largo del tiempo<sup>59</sup>. Entendida

52 Así, Sieber, U. “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 77. Vid también Nieto Martín, A. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid, 2008, p. 231 y s., Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 100, Gómez Martín, V. “Compliance y derechos de los trabajadores”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 126, Cigüela Sola, J. “La culpabilidad...” *op. cit.*, p. 344 y s., Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances” en AAVV “Compliances y responsabilidad penal corporativa”, Navarra, 2017, p. 105 y s. Coca Vila, I. (2013) “¿Programas de cumplimiento...?” *op. cit.* 2013 p. 51 y s. Gómez-Jara la denomina “heterorregulación de la autorregulación”, concepto de difícil manejo verbal. Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación...” *op. cit.*, p. 224.

53 Ampliamente Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 106 y s.

54 González Cussac, J.L. “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia, 2018, p. 98.

55 Cfr. Kuhlen, L. “Cuestiones fundamentales...” *op. cit.*, p. 65.

56 Ampliamente en Beck, U. “La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida”, Barcelona, 2008, p. 32 y s.

57 Cfr. Bock, D. “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 111 y s. Afirma acertadamente este autor que no puede exigirse que la reducción del daño esperado se reduzca a cero, porque supondría una renuncia al progreso en la economía y en la vida social.

58 Cfr. Tiedemann, K. “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” NJW 19, 1988, p. 1169 y s. Véase también la caracterización que hace este autor de la responsabilidad de la empresa. Cfr. “Lecciones de Derecho penal económico”. Barcelona, 1993, p. 232 y s. y en “El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 39 y s. A favor de este sistema de responsabilidad por el hecho propio, cfr. García Caveró, P. “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa” en AAVV, “Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas”, México, 2018, p. 265.

59 Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...” *op. cit.*, p. 71.

así la culpabilidad de la empresa, no es difícil admitir la atenuación de pena o incluso eximir de responsabilidad penal a la empresa que corrige esos defectos de organización, que puede llegar a darse cuando adopte programas de organización y gestión (*compliance programs*) que eviten la comisión de delitos en el futuro.

En los Estados Unidos, cuna del *compliance* y en general de las construcciones jurídicas que potencian la responsabilidad penal de las personas jurídicas<sup>60</sup>, puede afirmarse la conveniencia real y práctica de valorar positivamente el *compliance* penal. La idea de compensar la responsabilidad penal con medidas autorregulatorias que exoneren de pena se ha ido construyendo con el paso del tiempo y en base a una demostrada casuística. Como recuerda la doctrina, fue en el contexto de una serie de procesos penales contra compañías eléctricas norteamericanas en los años '50 del pasado siglo cuando uno de los condenados —el gigante *General Electric*— alegó la existencia de instrucciones internas dentro del departamento jurídico de la empresa que velaban por el cumplimiento normativo. El argumento no fue entonces atendido, pero permitió, a partir de allí, que la idea del *compliance* como supuesto de exoneración de responsabilidad penal fuera desarrollándose hasta alcanzar sus más altos niveles de expansión en nuestros días<sup>61</sup>. El *compliance* persigue, por lo tanto, que la empresa se reafirme en el respeto al Derecho y se comprometa en identificar y evitar los delitos que se pueden cometer en su organización.

Sin embargo, no puede ignorarse que la existencia previa e ineludible de un hecho delictivo cometido en el seno de la persona jurídica, por un sujeto que pertenece a dicha persona y en provecho de la empresa supone sin duda alguna la comprobación de que el plan

de compromiso con la ley y prevención contra el delito o *compliance ha fracasado*. De poco sirve conjeturar que desde una perspectiva *ex ante* era idóneo para prevenir un delito que finalmente se ha consumado. La ley española exige que los modelos de organización y gestión deben haberse adoptado y ejecutado *con eficacia* antes de la comisión del delito. ¿Cómo se demuestra dicha idoneidad o eficacia?<sup>62</sup> ¿Quién debe demostrarla? Sobre el papel el programa puede ser perfecto, pero la realidad demuestra su imperfección. Para salvar esta contradicción, se habla doctrinalmente de una *eficacia relativa*, esto es, que la comisión del delito no implica la ineficacia del sistema. Sería suficiente con demostrar la capacidad del programa para detectar las infracciones y reaccionar adecuadamente ante ellas<sup>63</sup>, circunstancias que efectivamente no se han dado en la realidad. Hay que realizar un esfuerzo imaginativo. Por eso la doctrina habla acertadamente de un nuevo tropiezo con la misma piedra<sup>64</sup>.

En el sistema norteamericano, cuna también de las sentencias de conformidad o *plea bargaining*<sup>65</sup>, se admite invocar con éxito en el proceso negociador con la fiscalía —previo al juicio— que no existe plena culpabilidad de la empresa —sin perjuicio de la responsabilidad penal de la persona física que ha actuado— en la medida en que los sistemas internos de control existían, pese a que fallaron. Se han desarrollado ampliamente estas etapas negociadoras, estructuradas en torno a determinadas causas de suspensión del proceso o *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), que comprenden el enjuiciamiento aplazado y los acuerdos de no procesamiento (*Non-Pros* o NPA), que benefician tanto a la empresa como a la Fiscalía<sup>66</sup>. En definitiva, dentro del modelo federal norteamericano el *compliance* no

60 Aunque existen precedentes importantes en los Estados Unidos referidos a la persecución penal de personas jurídicas desde el Siglo XIX, en la primera mitad del Siglo XX se produjo una auténtica expansión de este tipo de responsabilidades penales en el ámbito penal económico, que llevaron a la condena de empresas y directivos afectando, como sostiene Villegas García, “a todos los ámbitos de la actividad industrial y económica, desde la industria del envasado de productos cármicos hasta las firmas de corredores de bolsa, pasando por las entidades bancarias”. Cfr. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, Navarra, 2016, p. 130.

61 Cfr. Villegas García, M. A. “La responsabilidad criminal...” *op. cit.*, p. 137.

62 Se considera que podría probarse a través de informes técnicos emitidos por peritos expertos en *compliance*. Y existen dudas acerca de la prueba que generan los entes certificadores. Cfr. al respecto Neira Pena, A.M. “La defensa penal...” *op. cit.*, p. 304 y s.

63 Cfr. Neira Pena, A.M. “La defensa penal...” *op. cit.*, p. 279 y s., remitiendo también a la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, p. 53 y s.

64 Cfr. Gómez Martín, V. “Penas para personas jurídicas...” *op. cit.*, p. 55 y s.

65 Cfr. Ferré Olivé, J.C. “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost” *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 20-06 (2018). Este mecanismo de conformidad se aplica ampliamente en los Estados Unidos con relación a los delitos cometidos por personas jurídicas. En ellos se tiene fundamentalmente en cuenta la existencia de un *compliance* penal y su compromiso de mejora, y el grado de colaboración de la empresa con los investigadores. Cfr. también Gimeno Beviá, J. “Compliance y proceso penal...” *op. cit.*, p. 208 y s.

66 Cfr. sobre estas soluciones Gimeno Beviá, J. “Hacia los DPA y NPA como modelo de imputación de las personas jurídicas,” en *AAVV, Actualidad compliance 2018*, Navarra, 2018, p. 276 y s., quien recuerda que no existen normas que regulen las condiciones de los acuerdos de enjuiciamiento aplazado, aunque existen algunas pautas que se reiteran (reconocimiento de los hechos, revelar la información, colaborar con la investigación, pagar multas e indemnizaciones, etc.). En cualquier caso, la empresa se beneficia porque evita el en-

garantiza la impunidad de la empresa, pero la posibilidad en la medida en que pueda convencer a la fiscalía del compromiso general de la empresa con el marco jurídico<sup>67</sup>. Obviamente ese es el contexto: delito de empresa, actor perteneciente a la entidad y provecho para la propia empresa. Y todo ello acontece en la cuna del compliance, los Estados Unidos, país en el que las personas jurídicas no suelen ver exonerada sino meramente atenuada su responsabilidad penal en caso de acuerdo, porque suelen recibir al menos una multa al reconocer su culpabilidad<sup>68</sup>. En el Derecho vigente en España, la conformidad de la persona jurídica supone el allanamiento de ésta a la pretensión penal aceptando una pena menor negociada y renunciando al juicio oral y a la práctica de pruebas<sup>69</sup>.

Debemos reiterar que en el caso de comisión de un hecho delictivo en el ámbito empresarial existiendo en la entidad un “modelo de organización y control” (compliance), es evidente que dicho mecanismo preventivo ha fallado, es decir, su diseño no era correcto o por algún motivo no ha servido. Por ese motivo, pese a que se cuente con todas las certificaciones posibles acerca de la calidad del mecanismo preventivo, la exoneración de responsabilidad penal —que exige la prueba de la existencia y eficacia del modelo— será muy excepcional e insignificante<sup>70</sup>. Así lo certifican datos recientes acerca de la escasísima valoración por parte de los tribunales de Justicia de los programas de cumplimiento para graduar o excluir las sanciones penales (en Estados Unidos, Italia, España y un largo etcétera)<sup>71</sup>.

### 3.3. El mapa de riesgos

La implementación de un compliance penal requiere necesariamente la elaboración de un *mapa de riesgos*, esto es, un documento que refleje la realidad organizativa y económica de la empresa, y cómo se desarrollará el control interno. El Código Penal español, establece como primer requisito del compliance, en su art. 31

bis 5.1 que las empresas “Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos”. En otras palabras, se debe consignar una hoja de ruta que incorpore una descripción detallada de lo que se hará para autorregularse favoreciendo el cumplimiento de la ley y el respeto de la ética empresarial. Obviamente no existe total libertad para desarrollar estos documentos, si se pretende que cumplan los objetivos exonerantes o atenuantes que consagra el Código Penal. Debe respetarse el marco normativo general, conciliando las peculiaridades de la actividad y procesos productivos de la empresa —su riesgo específico— y las reglas de la ordenación estatal. Pero también influyen otras regulaciones sectoriales (sector financiero, bancario, etc.) o incluso, según el ámbito de actividad, los marcos normativos señalados por determinados organismos técnicos internacionales, como por ejemplo el GAFI si se analiza el blanqueo de capitales<sup>72</sup>. Aunque no es obligatorio cumplir con las normas de estandarización (AENOR, ISO, normas DIN en Alemania, etc.) y sus certificaciones, pueden ser tenidas en cuenta y resultar de utilidad.

Dentro del *mapa de riesgos* deben diferenciarse dos aspectos: el control interno o autocontrol, y el control externo o heterocontrol. El control interno de la propia empresa exige identificar la forma en que se vigilarán las fuentes de riesgo, que se mueve en distintas direcciones<sup>73</sup>:

- control *financiero* (aspectos mercantiles, fiscales, prevención de la corrupción, del blanqueo de capitales, de la financiación del terrorismo, etc.). El control de *riesgos financieros* es un control general o transversal, más o menos exigente según la actividad específica de la empresa, pero que en todo caso deben comprender los riesgos propios que derivan de los delitos económicos fundamentales: los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales, como infracciones que pueden materializarse en cualquier empresa en

---

juiciamiento penal en sentido estricto, y la Fiscalía en que puede obligar a la empresa a una reorganización interna que prevenga nuevos delitos futuros.

67 Cfr. Villegas García, M. A. “La responsabilidad criminal...” *op. cit.*, p. 32.

68 Cfr. Muñoz de Morales Romero, M. “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia, 2013, p. 212.

69 Cfr. Neira Pena, A. M. “La defensa penal de la persona jurídica” Navarra, 2018, p. 154 y s.

70 Cfr. González Cussac, J.L. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies” en AAVV, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015” (dir. González Cussac) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 189, Gómez Tomillo, M. “Presunción de inocencia...” *op. cit.*, p. 206.

71 Cfr. Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...” *op. cit.*, p. 41.

72 Cfr. Bermejo, M. y Palermo, O. “La intervención delictiva del compliance officer”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid, 2013, p. 177.

73 Sobre estos aspectos, ampliamente Nieto Martín, A. “La responsabilidad penal de la persona jurídica...” *op. cit.*, p. 250 y s. Vid. también Gómez Martín, V. “Compliance y derechos...” *op. cit.*, p. 128 y s.

funcionamiento<sup>74</sup>. Debe puntualizar las unidades organizativas que dentro de su estructura asumen estos riesgos financieros (departamentos de contratación pública o privada, de control interno, de pagos, de tributos, etc.) y establecer, en su caso, procedimientos específicos de control<sup>75</sup>.

- control *operacional o sectorial* de evitación de riesgos implicados en la producción (singularidades de la empresa: calidad de productos, de procesos de producción, del riesgo laboral específico, etc.). Cada empresa debe describir los propios riesgos posibles, de cara al catálogo de delitos que según el Código Penal habilitan la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se pregunta la doctrina si se debe valorar en detalle y con una graduación más o menos estricta el grado de peligro que la actividad empresarial desarrolla de cara a una hipotética lesión de bienes jurídicos. Trasladando aquí el planteamiento que se formula en la prevención de riesgos laborales, que distingue distintos riesgos (triviales, moderados, importantes, intolerables, etc.) se pregunta si el *compliance* debe trazar una ecuación que relacione medidas concretas de prevención según el grado de riesgo, de tal forma que un peligro trivial no requerirá medidas preventivas, y el intolerable las requerirá al máximo. Palma Herrera señala al respecto que el Código Penal no introduce estos matices, sino que exige simplemente que el riesgo esté identificado y previsto en el modelo de *compliance*. Por lo tanto, todos los riesgos posibles deben estar contemplados, sin perjuicio de una necesaria ponderación de las medidas que se prevean para neutralizarlo y que se corresponderán con la entidad de dicho riesgo de cara a la actividad empresarial<sup>76</sup>.
- Control *externo*. El instrumento escrito que describe el *compliance* que se aborda debe incluir la forma en la que se evaluará externamente por examinadores imparciales el autocontrol emprendido por la empresa.

### 3.4. El deber de vigilancia

El deber de vigilancia está directamente relacionado con el riesgo que genera la empresa, que está a su vez condicionado por el tipo de actividad, el número de trabajadores y la entidad de los procesos productivos que se gestionan. Los propios trabajadores se convierten en un factor de riesgo para los directivos y para la propia empresa<sup>77</sup>.

Existe un debate abierto en la ciencia penal para identificar la medida y los interlocutores de los deberes de vigilancia dentro de la empresa. En este contexto, habrá un garante del bien jurídico, que será el superior jerárquico que debe ejercitar el deber de vigilancia. Pero ¿Quién es en concreto este sujeto? Sin duda puede adoptar distintas formas: el administrador de la sociedad, los socios, los directivos, el *compliance officer* o aquel en quien hubieran delegado estas competencias. ¿Sobre quien pesa el deber de garantía? Dependerá de muchos factores. Del tipo de empresa o sociedad de que se trata, y también si estamos ante un delito común o especial. En todo caso, como apunta Silva Sánchez, tratándose de una delegación de competencias se aprecia un doble mecanismo: transferencia y transformación. Transferencia porque el delegado asume la posición de garantía. Transformación porque ambos —delegante y delegado— se mantienen ligados a estos deberes específicos<sup>78</sup>.

### 3.5. Los papers compliance

Dentro de las hipótesis que se presentan de cara a la responsabilidad penal de las personas jurídicas aparecen extrañas figuras, como los llamados “*papers compliance*”. Se trata de una mera apariencia de *compliance*, un *compliance* “cosmético” que exterioriza una voluntad fingida pero no real de tomar en serio la prevención de delitos dentro de la empresa<sup>79</sup>. El *compliance* debe ser individualizado, es decir, debe ser único, trazado a la medida exacta del riesgo que asume la empresa, su objeto social, el número y características de trabajadores, sus relaciones de negocio, la idiosincrasia de la organización, etc. ya que se trata de un do-

74 Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de *compliances*” en AAVV “*Compliances y responsabilidad penal corporativa*”, Navarra, 2017, p. 53.

75 Cfr. Galán Muñoz, A. “*Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras*” en AAVV “*Compliance y prevención de delitos de corrupción*”, Valencia, 2018, p. 70.

76 Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...” *op. cit.*, p. 54 y s.

77 Cfr. Bock, D. “*Compliance y deberes de vigilancia ...*” *op. cit.*, p. 111.

78 Cfr. Silva Sánchez, J. M. “*Deberes de vigilancia y compliance empresarial*” en AAVV, “*Compliance y teoría del derecho penal*”, Madrid, 2013, p. 81, aunque la posición de garante del delegante pasa a ser secundaria o residual.

79 Sobre este tipo de instrumentos, cfr. Caro Coria, D. C. “*Compliance y corrupción*”, *op. cit.*, p. 120 y s. quien recuerda que la empresa Enron contaba con un programa de cumplimiento que cumplía formalmente todos los requisitos establecidos por las *Federal Sentencing Guidelines*. Cfr. también Frago Amada, J. A. “*El paper compliance, su detección y el tratamiento procesal del mismo*” en AAVV, “*Actualidad compliance 2018*”, Navarra, 2018, p. 317 y s.

cumento técnico complejo<sup>80</sup>. Ello no impide que a nivel legislativo (penal o administrativo) puedan fijarse una serie de contenidos mínimos de deberes de prevención, que aportarían seguridad jurídica<sup>81</sup>, tal como ocurre en el Código Penal con algunas causas de justificación o exculpación, fundamentalmente atendiendo a la complejidad de esta materia<sup>82</sup>. Así ocurre, de manera bastante imperfecta y salvando las distancias, en materia de blanqueo de capitales.

Cada empresa debe reflejar en su compliance un amplio abanico de intereses empresariales: los de los propietarios, los de los directivos, los de los trabajadores, intereses sociales, etc.<sup>83</sup>. Al tener importantes consecuencias penales, el compliance debe materializarse contando con asesores técnicos que dominen las peculiaridades de la responsabilidad *penal* de las personas jurídicas<sup>84</sup> pues puede apreciarse en esta materia un frecuente intrusismo, que puede llevar fácilmente al mentado compliance cosmético, con total desconocimiento del empresario que lo abona como si fuera un instrumento riguroso.

### 3.6. La exclusión del delito corporativo

Se puede manejar un concepto amplio de delitos corporativos, es decir, un importante catálogo de delitos que pueden cometerse dentro de la empresa y en su beneficio (estafas, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, delitos contra los mercados y consumidores, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, múltiples formas de corrupción, blanqueo de capitales, delitos societarios, etc.). Sin embargo, cuando se habla de delito corporativo en sentido estricto se está haciendo referencia a criminalizar el hecho de no contar con un compliance penal dentro de la empresa.

A mi entender, el moderno compliance debe enmarcarse en una específica teoría de la motivación para el cumplimiento de las normas jurídicas y éticas, que comprende la prevención de delitos. Sin embargo, no considero defendible que la ausencia de esta autorregulación pueda derivar en sanciones penales o adminis-

trativas<sup>85</sup>. Pues se corre el peligro de desviarse hacia la teoría del palo y la zanahoria (*the Carrot and the Stick Approach*) atribuida acertadamente a Jeremy Bentham. Desde esta perspectiva, el *compliance* y sus premios se habrían convertido en la zanahoria, la recompensa exonerante de responsabilidad, que se coloca ante los ojos de la empresa mientras se la amenaza con consecuencias negativas —que pueden llegar a materializarse en castigos penales— si no se posiciona dentro del marco de pleno respeto a la legalidad vigente. Pero de utilizar la zanahoria como premio, se iría en el camino de construir un *delito de no tener zanahoria* (delito corporativo).

Obviamente aún no existe ni debería existir un tipo penal específico que sancione la ausencia de autorregulación, pues con ello se llegaría a un inaceptable *punitivismo extremo*. Aún existe para las empresas el beneficio de la libertad organizativa y, por lo tanto, pueden planificar como deseen su estrategia de cumplimiento normativo, siempre que cumplan las leyes<sup>86</sup>. Considero, como ha afirmado Feijoo Sánchez, que “A las personas jurídicas no se les castiga por no disponer de un programa de cumplimiento, sino que se les hace responsables de un delito”<sup>87</sup>. Existe una vía más artificial o forzada, según la cual a través de la interpretación se habilitaría sancionar penalmente a aquel que no ha implementado un programa de compliance en determinados supuestos de delitos cometidos por subordinados. Según Silva Sánchez, en esos casos la implantación de un compliance formaría parte de la “sistematización y procedimentalización formalizadas de un modelo de vigilancia de lo superiores sobre los subordinados”. Se trataría de sancionar penalmente al *órgano de administración*, por no haber implementado un *compliance program* si conforme a las características de la empresa dicho procedimiento fuera necesario desde una perspectiva *ex ante*, en la medida en que equivalga a la infracción de un deber de vigilancia. Desde este punto de vista se podría sancionar penalmente también a dichos órganos de administración por la gestión defectuosa del *compliance program*<sup>88</sup>.

80 Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances” en AAVV “Compliances y responsabilidad penal corporativa”, Navarra, 2017, p. 52.

81 Cfr. Neira Pena, A.M. “La defensa penal...” *op. cit.*, p. 267.

82 Esto evitaría la irregular práctica que se aprecia recientemente en España, donde la *interpretación auténtica* de estas materias la está realizando una nueva *fuente legislativa*: la Fiscalía General del Estado a través de circulares (por ej. Circular 1/2011, Circular 1/2016, etc.).

83 Cfr. Sieber, U. “Programas de compliance...” *op. cit.*, p. 71.

84 Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...” *op. cit.*, p. 52.

85 Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 100, nota 73

86 Cfr. García Cavero, P. “Compliance y lavado de activos”, *op. cit.*, p. 157.

87 Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...”, *op. cit.*, p. 14, quien aclara acertadamente que en realidad las personas jurídicas son corresponsables penales, aunque la persona física concreta que ha realizado el hecho no sea penalmente sancionada. Cfr. también Cigüela Sola, J. “La culpabilidad...” *op. cit.*, p. 354.

88 Cfr. Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, pp. 101 y 103.

La preocupación por que puedan extenderse estos puntos de vista no es menor. La polémica y significativa sentencia de 16 de marzo de 2016 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (STS 221/2016, de 16 de marzo) señala una expresa tendencia a aceptar una nueva figura caracterizable como *delito corporativo*, que se manifestaría a través de la penalización a la persona jurídica por el mero hecho de no contar con un programa de *compliance* eficaz. En otras palabras, la ausencia de control interno dentro de la empresa agotaría el tipo penal en lo que a ella se refiere, si se da el presupuesto del delito cometido por una persona física dentro de la empresa y en beneficio de la propia entidad. Esta solución, que se basaría en asumir jurisprudencialmente la teoría de los sistemas autopoieticos, supone atentar seriamente contra el principio de legalidad penal<sup>89</sup>. Desde el punto de vista de la fundamentación de la intervención penal, considero que el defecto de organización de la persona jurídica puede incidir en el tipo penal (a través de la teoría del riesgo) pero fundamentalmente lo hará en la culpabilidad, vertebrando así esta nueva forma de responsabilidad penal, sin que pueda ni deba existir un delito corporativo autónomo para las personas jurídicas fundamentado en la ausencia de un *compliance* penal.

### 3.7. El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

Particular atención merecen los delitos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo, y en particular los riesgos de delitos que se materializan dentro del sector financiero y bancario. Podemos destacar, por ejemplo, que la primera exteriorización del *compliance* (no penal) en la legislación china se refiere al sector bancario<sup>90</sup>. La evolución internacional de estas modalidades delictivas ha venido marcada por las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) que se han convertido en Derecho positivo en la mayor parte del mundo. Se trata de la manifestación más evidente de la expansión del Derecho penal, y de la consagración de algunos elementos del *compliance* de forma obligatoria para una serie de empresas. La regulación internacional del blanqueo de capitales y financiación del terrorismo identifica una serie de sujetos encargados de advertir y denunciar estos delitos, actividades profesionales del sector privado sobre las que pesa un importante número de deberes que asumen la forma de tareas preventivas (vigilancia y control de clientes, conservación de documentos, identificación de identidad y origen de los fondos, etc.). Son los *gate-*

*keepers*, quienes operan en distintos sectores mercantiles (bancarios, seguros, casinos, joyas) y profesionales (abogados, notarios, registradores, asesores y auditores) entre otros. Tratándose de empresas, deben contar obligatoriamente con *compliance officers* para detectar operaciones sospechosas de blanqueo de capitales, al margen de auditorías internas y externas de carácter obligatorio.

### 3.8. Compliance y delitos “ad intra”

Preocupa que desde el Tribunal Supremo español se fomente la necesidad de adoptar programas de cumplimiento criminal, incluso para evitar delitos que no generan responsabilidad penal para las personas jurídicas, sino que la prevén exclusivamente para los directivos a título individual (delitos *ad intra*).

La STS 365/2018, de 18 de julio (Ponente Magro Servet (Tol 6677017)) manifiesta que “Cuestión distinta es que en el caso de delitos de apropiación, como aquí ocurre, o de administración desleal se tenga que adoptar con antelación suficiente por las empresas medidas de *compliance* interno, ya que junto con el conocido Código Olivenza fue capital para el buen gobierno de la administración en las empresas la introducción de los programas de *compliance* en las mismas que evitarían casos como el que aquí ha ocurrido, ya que el control interno en las empresas mediante la técnica anglosajona del *compliance programme* como conjunto de normas de carácter interno, establecidas en la empresa a iniciativa del órgano de administración, con la finalidad de implementar en ella un modelo de organización y gestión eficaz e idóneo les permita mitigar el riesgo de la comisión de delitos y exonerar a la empresa y, en su caso, al órgano de administración, de la responsabilidad penal de los delitos cometidos por sus directivos y empleados. De haber existido un adecuado programa de cumplimiento normativo, casos como el aquí ocurrido se darían con mayor dificultad, ya que en la mayoría de los supuestos el conocimiento de actividades, como las aquí declaradas probadas de apropiación no se hubieran dado, y no habría que esperar a detectarlo tardíamente por razón de la confianza; de ahí, la importancia de que en las sociedades mercantiles se implanten estos programas de cumplimiento normativo, no solo para evitar la derivación de la responsabilidad penal a la empresa en los casos de delitos cometidos por directivos y empleados, que serían los casos de ilícitos penales *ad extra*, que son aquellos en los que los perjudicados son terceros/acreadores que son perjudicados por delitos

89 Se trataría considerar la existencia de un derecho penal de tipo único. Cfr. Ayala González, A. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas” InDret, 2019, p. 7.

90 A través de las “Guidelines for the Compliance Risk Management of Commercial Banks” de 2006. Cfr. Li, B. “China report”, op y loc. cit.

tales como estafas, alzamientos de bienes, etc., sino, también, y en lo que afecta al supuesto ahora analizado, para evitar la comisión de los delitos de apropiación indebida, es decir, *ad intra*. Estos últimos, aunque no derivan la responsabilidad penal a la empresa por no estar reconocido como tales en sus preceptos esta derivación y ser *ad intra*, sí que permiten obstaculizar la comisión de delitos como los aquí cometidos por el recurrente y que cometen irregularidades, que en algunos casos, como los aquí ocurridos, son constitutivos de ilícitos penales. Y ello, sin que sea asumible y admisible que por el hecho de no incorporar medidas de autocontrol se exonere la responsabilidad criminal. Por ello, una buena praxis corporativa en la empresa es la de implementar estos programas de cumplimiento normativo que garanticen que este tipo de hechos no se cometan, o dificulten las acciones continuadas de distracción de dinero, que un buen programa de cumplimiento normativo hubiera detectado de inmediato”.

Obviamente, el delito *dentro de la empresa* es motivo de importantes reflexiones político-criminales y dogmáticas, debiéndose individualizar claramente la responsabilidad de la persona física y la de la persona jurídica<sup>91</sup>. El daño que puede sufrir la propia empresa y la sociedad por este género de delitos es evidente. Por eso se analizan estrategias preventivas y de gestión del comportamiento desviado dentro de la empresa<sup>92</sup>. Pero nada de esto lleva a la responsabilidad penal de la persona jurídica que será imputada exclusivamente si obtiene beneficios por el delito cometido, y el delito concreto se enmarca en el *numerus clausus* de infracciones penales que pueden cometer las personas jurídicas, legalmente previsto. En los demás casos, la existencia del criminal compliance será indiferente de cara a una atenuación o exoneración de pena de la persona física actuante.

#### 4. El compliance en el sector público.

Se habla del *public compliance*. En realidad, se trata de aplicar por analogía y artificialmente un mecanismo construido esencialmente para las empresas privadas al sector público. Considero que es un esfuerzo importante con una finalidad muy definida, como es la lucha contra la corrupción y los sobornos en el sector público. Pero lógicamente este nuevo instrumento, denominado por la fuerza de la moda como compliance, no reproduce de manera estricta los requisitos previstos para las empresas que operan en el sector privado y cuentan con un espectro mucho más amplio de riesgos. El peligro que suele prevenir el public compliance es unidireccional, por lo que se trata de una estrategia anticorrupción<sup>93</sup>, que puede beneficiarse por analogía de algunos mecanismos preventivos ideados para limitar los delitos que pueden cometer las empresas.

#### 5. La industria del compliance en la era del compliance

El avance en todo el mundo del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas y la consecuente, simultánea y oportuna exoneración o atenuación de penas si se gesta internamente un modelo de compliance penal forma parte de la cultura de nuestro tiempo. Se vincula estrechamente a la expansión del Derecho penal. Como apunta González Cussac, estamos ante el poderoso avance de políticas neoliberales y neoconservadoras que han recurrido al llamado *populismo punitivo*, un modelo nuevo en el que entronca perfectamente la responsabilidad penal de la empresa y sus circunstancias eximentes específicas<sup>94</sup>.

En los últimos años esta específica materia ha generado un ingente esfuerzo interpretativo —doctrinal y jurisprudencial—, un extraordinario número de publicaciones e infinitos cursos formativos, por lo que ya puede hablarse de la *industria del compliance*<sup>95</sup> que estaría conduciendo a una pretendida transformación en

91 Sobre la regulación en los Estados Unidos, ampliamente Fernández Castejón, E. “Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en EE. UU.”, Barcelona, 2017, p. 133 y s.

92 Cfr. Agustina Sanllehi, J. R. “El delito en la empresa” Barcelona, 2010, p. 207 y s. y 231 y s.

93 Así se ve claramente en la legislación china. Cfr. al respecto Li, B. “China report”, op y loc. cit.

94 González Cussac, J.L. “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia, 2018, p. 94 y s.

95 Cfr. García Cavero, P. “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa” en AAVV, “Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas”, México, 2018, p. 259. En épocas recientes se ha extendido la estandarización de los sistemas de gestión del compliance, a través de la incursión en esta materia de las reglas de normalización internacional de la International Standard Organization (normas ISO) y en particular en España a través de las normas UNE-AENOR, como por ejemplo la norma UNE 19601: 2017 que se ocupa del sistema de gestión del compliance penal. Como resulta obvio, el cumplimiento por parte de la empresa de este nuevo engranaje de la industrialización del compliance no garantiza la eliminación del riesgo ni mucho menos la ausencia de responsabilidades penales, pero puede suponer un elemento positivo a la hora de valorar dichas responsabilidades por parte del juzgador. Cfr. Anaya Martín, F. “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en AAVV “La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: Aspectos prácticos”, Navarra, 2018, p. 45 y s.

las formas de vida y de cultura (*era del compliance*)<sup>96</sup>. Tal vez esta caracterización es demasiado ambiciosa. Con agudo criterio, muchos empresarios se vienen preguntando qué sentido tiene este monumental incremento de costes que supone la implementación del “entramado *compliance*” dentro de sus empresas. La necesidad y utilidad de estas reformas no suele parecer tan evidente ni crucial. Es una construcción más científica que práctica, sobre la que se han escrito miles de páginas y dictado cientos de cursos, pero que tal vez se ha sobredimensionado y no cumpla con todas las expectativas generadas.

Nos encontramos en un nuevo espacio normativo, que ya ha logrado privatizar buena parte de las normas reguladoras de la actividad de las empresas y que más recientemente ha conseguido alcanzar también la esfera penal<sup>97</sup>. Por ello ha sido calificado como “una extraña hibridación de público y privado, de Estado y mundo corporativo”<sup>98</sup>. En este contexto, aparecen diversas empresas dedicadas a la *certificación* de sistemas de gestión del *compliance* penal, es decir, de comprobar el cumplimiento de una serie de requisitos técnicos. Adviértase que esta estandarización-certificación se pretende presentar como la *regulación* de la autorregulación en el contexto de la “autorregulación regulada”. Es decir, que el papel reservado al Estado para la supervisión —el único que le quedaba, dada su pretendida incapacidad— se deja en manos de las empresas privadas que dictan normas técnicas como la International Standard Organization (normas ISO)<sup>99</sup> y en España la Asociación Española de Normalización (normas UNE)<sup>100</sup>. Así aparecen las normas ISO 19600: 2014 sobre sistemas de gestión de *compliance*, ISO

19601: 2017 sobre sistemas de gestión del *compliance* penal, más recientemente la norma UNE 19602 sobre sistemas de gestión de los riesgos tributarios, etc. También parece oportuno recordar que uno de los factores determinantes de la crisis financiera mundial del año 2008 vino de la mano de las entidades financieras norteamericanas que otorgaban créditos masivos, productos financieros tóxicos otorgados a sujetos cuya solvencia se basaba en evaluaciones realizadas por *agencias privadas de calificación crediticia*<sup>101</sup>.

A partir de la entrada en vigor de la norma UNE 19601:2017 “*Sistemas de gestión de compliance penal-Requisitos de orientación para su uso*” se pretende la certificación del cumplimiento de los requisitos técnicos del sistema de gestión del *compliance* a los efectos de lograr la exoneración de responsabilidad penal<sup>102</sup>. La mencionada tarea se lleva a cabo por entidades privadas de certificación y de cumplirse rigurosamente los pasos trazados normativamente se pretende que ofrezca plena confianza a los Tribunales de Justicia<sup>103</sup>. Adviértase que en España —como en muchos otros países, por influencia del mundo anglosajón— el Estado se ha autodesplazado de las tareas de normalización y certificación de procesos productivos y de gestión, dejándolos en manos de entidades privadas. La homologación no es administrativa sino privada, aunque gozaría de efectos públicos. Estas tareas, que originalmente se circunscribían a normas técnicas, se han ampliado a los sistemas de gestión, dando el salto a la gestión de riesgos, gestión del *compliance* en general, gestión del *compliance* penal, gestión del *compliance* tributario, gestión antisoborno, etc. Y crece la presión para que las responsabilidades penales aquí

96 Ya se habla de *era del compliance*, como puede hablarse de la era atómica o de la era de los descubrimientos, apelando a la segunda acepción del concepto de era (RAE: Extenso período histórico caracterizado por una gran innovación en las formas de vida y de cultura). Cfr. AAVV. “Derecho penal económico en la era del *compliance*”, Valencia, 2013.

97 Cfr. Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 105 y s.

98 Cfr. Nieto Martín, A. “Introducción” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del *compliance*”, Valencia, 2014, p. 13.

99 Cfr. Gómez-Jara Díez, C. “La incidencia de la autorregulación” *op. cit.*, p. 268 y s. La doctrina recurre de forma insistente como fuentes interpretativas de primer orden a estas reglas técnicas de estandarización y certificación. Así por ejemplo Neira Pena, A. M. “La defensa penal...” *op. cit.*, p. 282, 304 y s.

100 Cfr. Casanovas, A. “*Compliance*: de la gestión a la gobernanza”, en AAVV, “Actualidad *compliance* 2018”, Navarra, 2018, p. 79 y s. Muy elogioso respecto a la certificación de estándares de calidad se muestra Nieto Martín, A. “Problemas fundamentales...” *op. cit.*, p. 26.

101 Cfr. González de León Berini, A. “Autorregulación empresarial...” *op. cit.*, p. 92.

102 Sobre esta normativa, muy ampliamente, Casanovas Ysla, A. “*Compliance* penal normalizado. El estándar UNE 10601”. Navarra, 2017. Se pretende sentar las bases de entendimiento y comunicación acerca de la gestión del *compliance* penal, mejorando la competitividad y reputación de la empresa. Parte de unos fundamentos básicos, como que la normalización esté subordinada a la ley (nada hay mas obvio), que prevalezca el principio de proporcionalidad, la estructuración en torno a la idea de riesgo, etc. Vid. también Gómez-Jara Díez, C. “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y *compliance* program”, Santiago de Chile, 2018, p. 86 y s. Sobre la certificación en América Latina, puede verse el caso chileno en Matus Acuña, J.P. “La certificación de los programas de cumplimiento” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del *compliance*”, Valencia, 2013, p. 145 y s.

103 Cfr. Bonatti Bonet, F. “Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de *compliance* penal”, en AAVV, Actualidad *compliance* 2018”, Navarra, 2018, p. 145 y s. Muy críticamente González Cussac, J.L. “El plano político criminal...” *op. cit.*, p. 100 quien advierte en estas certificaciones pretendidamente exonerantes una posible autorregulación encubierta.

estudiadas se analicen conforme a las mencionadas reglas de homogeneización<sup>104</sup>. Por una parte, se cuestiona la validez plena de estas certificaciones no obligatorias como exonerantes de responsabilidad penal, en cuanto carecen de una regulación legal en sentido estricto<sup>105</sup>. Considero que se trata de una prueba más —ni única ni determinante— de la voluntad de cumplimiento normativo de la empresa a la fecha de suscripción del documento respectivo. Pero considero mucho más lógico que exista un *organismo público* de certificación, al que las empresas puedan acudir voluntariamente para demostrar las medidas preventivas que han adoptado internamente. Si bien este certificado público no tendría efectos exonerantes o atenuantes automáticos, sí puede servir para demostrar cierto grado de interés en la prevención de delitos<sup>106</sup>.

Un sector doctrinal defiende que la existencia de un *compliance penal* que se considere eficaz *ex ante* deriva necesariamente en la afirmación de “que la persona jurídica está cumpliendo con el debido control”<sup>107</sup>. En cualquier caso, serán los propios Tribunales de Justicia los únicos que podrán —con independencia de certificaciones, opiniones o dictámenes— decidir acerca de la exoneración o atenuación de pena a las personas jurídicas, ya que estas certificaciones no le vinculan. En otras palabras, se equivocan quienes creen que estas certificaciones pueden asemejarse a un *salvoconducto penal*<sup>108</sup>. A lo sumo, servirá para exteriorizar el esfuerzo de la empresa en evitar que en su seno se cometan delitos<sup>109</sup>.

## 6. Conclusiones

El *compliance penal* es un cuerpo normativo interno de gestión de riesgos penales, que se estructura en base a una serie de medidas de distinta naturaleza con un objetivo común: promover el cumplimiento de la lega-

lidad y la ética en la empresa evitando que en su seno se busquen objetivos empresariales contrarios a la ley, lo que incluye impedir la comisión de hechos delictivos. No se basa en un deber jurídico en sentido estricto, sino en un incentivo para posicionar mejor a la empresa ante determinados riesgos<sup>110</sup>. La opción de constituirlo queda en manos de los administradores, sin que exista la amenaza de sanciones específicas en caso de no hacerlo. A partir de allí podremos hablar de integridad en los negocios, de *compliance* y de exoneraciones de pena, pero en un contexto común y no aislado como se nos suele presentar actualmente<sup>111</sup>.

La presencia de un *compliance penal* que se considere eficaz *ex ante* puede llevar a los jueces a considerar su existencia como circunstancia atenuante o eximente de responsabilidad criminal. En su confección deben intervenir necesariamente técnicos y juristas, entre estos últimos sin duda penalistas<sup>112</sup>. Para ello, deberían tenerse en cuenta entre otros criterios<sup>113</sup>:

- Definición clara de los valores y legislación que debe ser objeto reforzado de respeto en el seno de la empresa.
- Identificación de riesgos previsible, según el tipo de actividad de la empresa (sectores tecnológicos, energéticos, alimentarios, financieros, etc.). Este es un espacio en el que específicamente deben intervenir penalistas, junto a otros expertos, normalmente auditores<sup>114</sup>.
- El *compliance officer*. Desarrollo de las tareas de supervisión y vigilancia.
- Programación de formas de control, atendiendo a la estructura, la jerarquía y los niveles organizativos dentro de la empresa.
- Identificación de las necesidades de la empresa (en base a sus actividades y dimensiones).
- Identificación de los códigos de conducta.

104 Así, por ejemplo, para el plazo de revisión periódica del *compliance*, cfr. Cfr. Palma Herrera, J.M. “Presupuestos...” *op. cit.*, p. 63. Cualquier similitud con la revisión técnica periódica de un automóvil es mera coincidencia. La doctrina comienza a aceptar con plena normalidad y vigencia estas tareas de certificación. Cfr. Aguilera Gordillo, R. “Consideraciones...” *op. cit.*, p. 104, nota 36.

105 Cfr. Neira Pena, A.M. “La defensa penal...” *op. cit.*, p. 304 y s.

106 Así, Galán Muñoz, A. “Compliance penal ante la corrupción...” *op. cit.*, p. 79 y s.

107 Así, Silva Sánchez, J. M. “Deberes de vigilancia...” *op. cit.*, p. 102 y s.

108 Críticamente Gómez Tomillo, M. “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los *compliance programs* y cultura de cumplimiento” en AAVV, “Actualidad *compliance* 2018”, Navarra, 2018, p. 207. Cfr. también González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...” *op. cit.*, p. 158.

109 Cfr. Casanovas Ysla, A. “Compliance penal...” *op. cit.*, p. 21.

110 Cfr. Cigüela Sola, J. “La culpabilidad...” *op. cit.*, p. 352.

111 En este nuevo afán de construir urgentemente modelos de gestión y de *compliance*, se desatienden problemas muy complejos y perentorios como una buena regulación procesal penal para definir lo que se puede imputar o no a una persona jurídica, y sus mecanismos de defensas y eximentes. Sobre los mecanismos procesales, cfr. Gimeno Beviá, J. “Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”, Navarra, 2016, p. 34 y s.

112 Cfr. González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...” *op. cit.*, p. 158 y s.

113 Cfr. Sieber, U. “Programas de *compliance*...” *op. cit.*, p. 75.

114 González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. “La función del penalista...” *op. cit.*, p. 160.

- Desarrollo de distintos programas de formación de trabajadores.
- Generación de canales de denuncia.
- Mecanismo de sanciones internas.
- Previsión de controles externos. Funciones de los auditores y evaluación externa del programa.
- Revisión periódica de los programas, que actualice el mapa de riesgos y las actuaciones que neutralizan las situaciones de peligro. La puesta en marcha real del programa es la mejor forma de valorar su funcionamiento y sus fallos, que deben ser regularmente corregidos.

Todos estos objetivos y tareas son muy positivos. Estamos viviendo un proceso sin retorno de exigencia a las empresas de mayor respeto de la ley. Ya no deben tenerse en cuenta de forma exclusiva los riesgos propios de la empresa —conforme a su actividad específica— sino también los riesgos penales, implementando un modelo de gestión que no solo valore los intereses empresariales internos sino también los intereses externos y sociales<sup>115</sup>.

### 7. Bibliografía

- AAVV (2019) U.S. Department of Justice - Criminal Division - Evaluation of Corporate Compliance Programs (Updated April 2019)
- Aguilera Gordillo, R. (2017) “Consideraciones para la fundamentación analítica de la responsabilidad penal de las corporaciones y los compliances” en AAVV “Compliances y responsabilidad penal corporativa”, Navarra.
- Agustina Sanllehí, J. R. (2010) “El delito en la empresa”. Barcelona
- Anaya Martín, F. (2018) “La estandarización de los sistemas de gestión de *compliance* en materia penal”, en AAVV “La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del *compliance*: Aspectos prácticos”, Navarra.
- Ayala González, A. (2019) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: interpretaciones cruzadas en las altas esferas”, InDret 1/2019.
- Aznar, E. (2018) “¿Cómo y para qué crear una cultura ética en las organizaciones?”, en AAVV, “Actualidad *compliance* 2018”, Navarra.
- Bajo Fernández, M. (2012) en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra.
- Balcarce, F.I. y Berruezo, R. (2016) “Criminal Compliance y personas jurídicas”. Ed. B de F, Buenos Aires.
- Barbero Santos, M. (1980) “Marginación social y Derecho represivo”. Barcelona.
- Beck, U. (2008) “La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida”, Barcelona.
- Bermejo, M. y Palermo, O. (2013) “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid.
- Bock, D. (2013) “Compliance y deberes de vigilancia en la empresa” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid.
- Bonatti Bonet, F. (2018) “Claves para introducirse en la certificación de sistemas de gestión de *compliance* penal”, en AAVV, Actualidad *compliance* 2018”, Navarra.
- Braithwaite, J. (1982) “Enforced Self-Regulation: A New Strategy for Corporate Crime Control” Michigan Law Review Vol. 80, No. 7.
- Cancelli, F. (1964) “Diligencia (Dir.Rom.)” en Enciclopedia del Diritto, Vol. XII, Milán.
- Caro Coria, D. C. (2018) “Compliance y corrupción”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y *compliance* program”, Santiago de Chile.
- Caro Coria, D. C. (2018) “Imputación objetiva y *compliance* penal”, Revista General de Derecho Penal 30/2018.
- Casanovas Ysla, A. (2018) “Compliance: de la gestión a la gobernanza”, en AAVV “Actualidad *compliance* 2018”, Navarra.
- Cigüela Sola, J. (2015) “La culpabilidad colectiva en el Derecho Penal”, Madrid.
- Coca Vila, I. (2013) “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en AAVV “Criminalidad de empresa y *compliance*”, Barcelona.
- Dal Bo, E. (2006) “Regulatory capture: a Review”, Oxford Review of Economic Policy, vol. 22, n°2
- Dopico Gómez-Aller, J. (2018) “Presupuestos básicos de la responsabilidad penal del *compliance officer* tras la reforma penal de 2015” en AAVV, “Actualidad *compliance* 2018”, Navarra.
- Feijoo Sánchez, B. (2012) en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra.
- Feijoo Sánchez, B. (2016) “El delito corporativo en el Código Penal español” 2ª ed. Navarra.
- Fernández Castejón, E. (2017) “Individualización de la responsabilidad penal por la actividad empresarial en E.E.U.U. ¿un modelo para el Derecho español?” Barcelona.

115 Cfr. Feijoo Sánchez, B. “El delito corporativo...”, *op. cit.*, p. 27 y s.

- Fernández Teruelo, J.G. (2011) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español”. Revista Jurídica de Castilla y León nº 25.
- Ferré Olivé, J.C. (2018) “El Plea Bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost” Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 20-06.
- Frago Amada, J. A. (2018) “El paper compliance, su detección y el tratamiento procesal del mismo” en AAVV, “Actualidad compliance 2018”, Navarra.
- Galán Muñoz, A. (2017) “Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015”, Valencia.
- Galán Muñoz, A. (2018) “Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia.
- García Cavero, P. (2014) “Criminal compliance” ed. Palestra, Perú.
- García Cavero, P. (2018) “Compliance y teoría del delito: La incidencia de los sistemas de cumplimiento normativo en la imputación penal de la empresa” en AAVV, “Temas actuales sobre fraude fiscal y cuestiones conexas”, México.
- García Cavero, P. (2018) “Compliance y lavado de activos” en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- Gimeno Beviá, J. (2016) “Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas”. Navarra.
- Gimeno Beviá, J. (2018) “Hacia los DPA y NPA como modelo de imputación de las personas jurídicas,” en AAVV, Actualidad compliance 2018”, Navarra.
- Goena Vives, B. (2017) “Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica”. Madrid.
- Gómez Benítez, J.M. (1997). “Sobre lo interno y lo externo, lo individual y lo colectivo en el concepto penal de culpabilidad” En AAVV, “Política criminal y nuevo Derecho Penal”, Barcelona.
- Gómez Colomer, J. L. (2013) “La persona jurídica acusada en el proceso penal español” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Gómez-Jara Díez, C. (2012) en AAVV “Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Navarra.
- Gómez-Jara Díez, C. (2018) “Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- Gómez-Jara Díez, C. (2018) “La incidencia de la autorregulación en el debate legislativo y doctrinal actual sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- Gómez Martín, V. (2013) “Compliance y derechos de los trabajadores” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid.
- Gómez Martín, V. (2018) “Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobos?, en AAVV, “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- Gómez Tomillo, M. (2018) “Presunción de inocencia, carga de la prueba de la idoneidad de los compliance programs y cultura de cumplimiento” en AAVV, “Actualidad compliance 2018”, Navarra.
- González Cussac, J.L. (2013) El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, Revista de Derecho Penal y Criminología nº 4/2013.
- González Cussac, J.L. (2015) “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies” en AAVV, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015” (dir. González Cussac) Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- González Cussac, J.L. (2018) “El plano político criminal en la responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia.
- González de León Berini, A. (2013) “Autorregulación empresarial, ordenamiento jurídico y Derecho Penal. Pasado, presente y futuro de los límites jurídico-penales al libre mercado y a la libertad de empresa”, en AAVV, Criminalidad de empresa y compliance”, Barcelona.
- González Franco, J., Schemmel, A. y Blumenberg, A. (2013) “La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento”, en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- González Rus, J.J. y Palma Herrera, J.M. (2014) “Procedimientos operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica”. Madrid.
- Hernández Cuadra, E. (2018) “La importancia de adoptar un enfoque ético en el desarrollo de programas de compliance, en AAVV (dir. Frago Amada) “Actualidad compliance 2018”, Aranzadi, Navarra.
- Kuhlen, L. (2013) “Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Lascuraín, J.A. (2013) “Compliance, debido control y unos refrescos” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.

- León Alapont, J. (2019) “Criminal compliance: análisis de los arts. 31 bis a a 5 CP y 31 quater CP” en Revista General de Derecho Penal 31 (2019).
- Li, Bencan (2019) “China report” en “Criminal Compliance”, Revista Penal nº 44.
- Matus Acuña, J.P. (2013) “La certificación de los programas de cumplimiento” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Montiel, J.P. (2013) “Autolimpieza empresarial: compliance programs, investigaciones internas y neutralización de riesgos penales” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Madrid.
- Muñoz Conde, F. y García Arán, M. (2015) “Derecho Penal. Parte General” 9ª ed. Valencia.
- Muñoz de Morales Romero, M. (2013) “Programas de cumplimiento efectivos en la experiencia comparada” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Nagel, Ilene H. and Swenson, Winthrop M. (1993) “The Federal Sentencing Guidelines for Corporations: Their Development, Theoretical Underpinnings, and Some Thoughts about their Future” *Articles by Maurer Faculty*. Paper 2179. <http://www.repository.law.indiana.edu/facpub/2179>
- Navarro Cardoso, F. (2018) “El derecho de acceso a la información pública como instrumento de transparencia en la lucha contra la corrupción y su tutela penal” en AAVV “Compliance y prevención de delitos de corrupción”, Valencia.
- Neira Pena, A. M. (2018) “La defensa penal de la persona jurídica”, Navarra.
- Nieto Martín, A. (2008) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo”, Madrid.
- Nieto Martín, A. (2013) “Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho Penal”, en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Nieto Martín, A. (2013) “Introducción” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Nieto Martín, A. (2013) “La privatización de la lucha contra la corrupción” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Nieto Martín, A. (2018) “Corrupción en los negocios”, en AAVV, “Derecho penal
- Palma Herrera, J.M. (2017) “Presupuestos jurídico-penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de compliances” en AAVV “Compliances y responsabilidad penal corporativa”, Navarra.
- Quintero Olivares, G. (2015) “La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas” en AAVV, “Comentarios a la reforma del Código Penal de 2015”, Navarra.
- Quintero Olivares, G. (2018) “Los programas de cumplimiento normativo y el derecho penal”, en AAVV “Derecho penal económico y Derechos Humanos”, Valencia.
- Ramírez Barbosa, P.A. (2018) “La ley contra las prácticas corruptas en el extranjero. La FCPA de Estados Unidos: “compliance”, extraterritorialidad y responsabilidad de la persona jurídica. Reflexiones acerca del caso Odebrecht” en AAVV, “Desafíos del Derecho penal en la sociedad del Siglo XXI”, Bogotá.
- Rose-Ackerman, S. y Palifka, B. (2016) “Corruption and Government”. 2ª ed. New York.
- Rotsch, T. (2015) “Sobre las preguntas científicas y prácticas del Criminal Compliance”. Anuario de Derecho Penal Económico nº 3.
- San Martín Neira, L. (2017) “El deber de diligencia consigo mismo según las fuentes romanas”, en AAVV, “Estudios latinoamericanos de Derecho Romano”, UNAM, México.
- Sieber, U. (2013) “Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Silva Sánchez, J. M. (2013) “Fundamentos del Derecho penal de la Empresa”, Ed. Edisofer. Madrid.
- Silva Sánchez, J. M. (2013) “Deberes de vigilancia y compliance empresarial” en AAVV, “Compliance y teoría del derecho penal”, Ed. Marcial Pons, Madrid.
- Silva Sánchez, J.M. (2018) “Expansión del Derecho penal y blanqueo de capitales” en AAVV “Responsabilidad penal de las empresas y compliance program”, Santiago de Chile.
- Stirpe, A. (2008) “La diligenza come criterio di responsabilità dell’obbligato: evoluzione storica della regola giuridica - Gli amministratori di società”, Luiss, Roma.
- Tiedemann, K. (1988) “Die Bebüßung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität” NJW 19.
- Tiedemann, K. (1993) “Lecciones de Derecho penal económico”. Barcelona.
- Tiedemann, K. (2013) “El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico” en AAVV “El Derecho penal económico en la era del compliance”, Valencia.
- Villegas García, M. A. (2016). “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos”. Aranzadi, Navarra.