

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

DEUS PRÆVIDE ET PRO

Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

Penal

Julio 2019



tirant
lo blanch

tirant
lo blanch



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 suprallegal 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

am 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 Piedecasas. 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 ^o	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

© 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
<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. En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

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



Criminal compliance

Alemania

Prof. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer

Universidad de Colonia

Traducción de Laura Zambrano Ochoa

Universidad Externado de Colombia

I. INTRODUCCIÓN

El Criminal Compliance ha adquirido una **importancia creciente** en Alemania durante la última década. El objetivo es que las empresas y sus empleados se comporten de acuerdo con las normas, es decir, que observen las leyes, directrices y códigos vigentes y, en particular, que no cometan delitos o faltas administrativas. La totalidad de los principios y medidas que adopta una empresa con el fin de cumplir con las normas y así evitar infracciones se denomina “Sistema de Gestión del Cumplimiento” (Compliance Management System).

II FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL CRIMINAL COMPLIANCE

1. Como fundamento general del Criminal Compliance en la legislación penal alemana se encuentra la disposición que rige la imposición de multas del **parágrafo 130 OWiG** (Ley de Delitos Administrativos)¹. Según esta norma, “el propietario de una sociedad o empresa que deliberadamente o por negligencia no adopte las medidas de supervisión necesarias para impedir el incumplimiento de las obligaciones de la sociedad o empresa que le afecten y cuyo incumplimiento sea sancionable con pena o multa, incumple las normas si se comete una infracción de este tipo que habría sido prevenida u obstaculizada de forma sustancial mediante una supervisión adecuada” (parágrafo 130 I 1 OWiG). Esta norma tiene por objeto garantizar que se tomen las **precauciones suficientes** en las empresas y sociedades contra la comisión de delitos y faltas administrativas relacionadas con la sociedad². Por un lado, la repartición del personal y de los medios de produc-

ción según la división de las tareas tiene ventajas considerables para el propietario, pues amplía su campo de acción. Por otro lado, esto plantea peligros especiales, ya que las personas en la masa a menudo se comportan de forma más arriesgada y menos de acuerdo con las reglas, especialmente cuando están bajo la presión de objetivos internos. Por lo tanto, existe el riesgo de que los empleados subordinados cometan infracciones sancionadas con penas o multas. En consecuencia, el propietario está sujeto a una **obligación de supervisión** destinada a contrarrestar los riesgos derivados de la ocupación de los empleados, en la medida en que se deriven de la apertura de una fuente particular de peligro y constituyan un deber de asegurar la fuente de peligro³.

2. Si se incumple el deber de supervisión, se pueden imponer **multas elevadas**. Por una parte, puede imponerse en contra del **propietario**, siempre y cuando sus empleados subordinados cometan infracciones sancionables, una multa de hasta 1 millón de euros (parágrafo 130 III 1 OWiG). De cometerse una infracción administrativa, el importe máximo de la multa se determina en función del importe máximo amenazado por la infracción administrativa (parágrafo 130 III 3 OWiG). También se incluyen las infracciones de las obligaciones de supervisión cometidas por personas que son tratadas como **equivalentes** al titular en virtud del parágrafo 9 OWiG. Esto incluye, por ejemplo, a los miembros de la Junta Directiva y a los gerentes de las personas jurídicas o a los socios con facultades de representación de las sociedades con capacidad jurídica (parágrafo 9 I No. 1 y 2 OWiG). Sin embargo, también incluye a los encargados autorizados que dirigen la empresa en su total o parcialmente, o que están expresamente autorizados para llevar a cabo tareas que incumben al propietario bajo su propia responsabilidad (parágrafo 9 II 1 No. 1 y 2 OWiG).

Además, si el propietario es una **persona jurídica o una asociación de personas**, también puede imponer-

se una **multa por asociación** (Verbandsgeldbuße) a la empresa, de conformidad con el parágrafo 30 OWiG. El requisito previo es que un **directivo** haya infringido sus deberes de supervisión. Este grupo de personas destacadas incluye a miembros de la junta directiva o directores generales, accionistas autorizados a representar a la empresa, apoderados generales, firmantes autorizados de alto rango o agentes autorizados para actuar y todas las demás personas responsables de la gestión, incluido el ejercicio de poderes de control en un puesto directivo (por ejemplo, como consejo de supervisión) (parágrafo 30 I No. 1 a 5 OWiG). La multa por asociación será de hasta diez millones de euros en caso de delitos dolosos y de hasta cinco millones de euros en caso de delito imprudentes. En caso de falta administrativa, el importe máximo de la multa se determinará de nuevo por el importe máximo anunciado para la falta administrativa.

3. El parágrafo 130 OWiG obliga al propietario en general a crear **estructuras organizativas** dentro de la empresa que contrarresten eficazmente la comisión de delitos relacionados con empresa o de infracciones administrativas. Sin embargo, el parágrafo 130 OWiG no especifica qué **medidas de supervisión** específicas deben adoptarse. De la redacción se desprende únicamente que el titular está obligado a una “supervisión adecuada” (parágrafo 130 I 1 OWiG) y que las medidas de supervisión necesarias “también” (pero no sólo) incluyen el “nombramiento, la selección cuidadosa y la supervisión de las personas encargadas de la vigilancia” (parágrafo 130 I 2 OWiG). Existe acuerdo en que la **supervisión final** siempre permanecerá en el propietario a pesar de la delegación de funciones⁴. Además, la medida de supervisión respectiva debe ser necesaria, es decir, adecuada, y constituir el medio más leve, así como legalmente permisible y razonable⁵. En la literatura, el “**modelo sistemático de 5 pasos**”⁶ ha prevalecido con respecto a las funciones de supervisión. Según esto, el titular está generalmente obligado a tomar las siguientes **medidas de supervisión**:

- Nivel 1: Selección cuidadosa de empleados y supervisores;
- Nivel 2: Organización y distribución adecuada de las tareas;
- Nivel 3: Instrucción adecuada y aclaración de tareas y deberes;
- Nivel 4: Seguimiento y control suficiente del personal;
- Etapa 5: Intervención en caso de infracción.

Qué medidas de supervisión son “apropiadas” es una cuestión de **caso por caso**. El **alcance** viene determinado principalmente por el tipo, tamaño y organización de la empresa, las opciones de control, pero también por la importancia de las normas que deben cumplirse y la **propensión** de los empleados a las infracciones, por lo que las infracciones detectadas en el pasado son especialmente relevantes⁷. Por otra parte, hay que tener en cuenta la **responsabilidad personal** de los empleados y el **principio de confianza** aplicable a la división del trabajo⁸. En cuanto a la **razonabilidad** de una medida de supervisión, deben establecerse el esfuerzo que importa la medida y la probabilidad de que se produzca un incumplimiento de la norma. Mientras que en las empresas más pequeñas el control ocasional por parte del propietario puede ser suficiente, la opinión predominante durante mucho tiempo ha sido que las empresas más grandes deberían estar obligadas a establecer un “departamento de auditoría” para poder cumplir con el deber de ejercer una “supervisión adecuada”⁹. Por esta razón se habla en la actualidad de crear una “organización de cumplimiento”¹⁰. Por regla general, las grandes empresas están obligadas a introducir un **sistema de gestión del cumplimiento** (Compliance Management System) y a nombrar a un responsable del mismo (Compliance-Officer)¹¹.

4. También existen **normas especiales** en determinados ámbitos de actividad que, según la experiencia, están expuestos a riesgos elevados y que regulan expresamente las obligaciones especiales de la organización, lo que **aumenta las funciones de supervisión** en estos ámbitos¹².

Por ejemplo, **las sociedades de servicios de inversión** deben establecer principios, recursos y procedimientos adecuados de conformidad con el parágrafo 80 I 2 No. 1 WpHG (Ley de Negociación de Valores) para garantizar que los empleados cumplan con las obligaciones correspondientes; en particular, debe establecerse una función de cumplimiento permanente, eficaz e independiente. De conformidad con el parágrafo 25^a I 3 No. 3 letra c KWG (Ley Bancaria) **las entidades de crédito** también están obligadas a establecer una función de cumplimiento como parte del sistema de control interno. Además, **las compañías de seguros** también deben contar con un sistema de control interno eficaz de conformidad con el parágrafo 29 I VAG (Ley de Supervisión de Seguros), que incluye al menos una función de cumplimiento. A la función de cumplimiento se asocia, no sólo el deber de asesorar a la junta directiva sobre el cumplimiento de las leyes y reglamen-

tos aplicables, sino también de evaluar el impacto de los cambios en el entorno legal e identificar y evaluar el riesgo asociado con el incumplimiento de las normas.

Por último, a fin de impedir el **lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo**, todas las personas y empresas sujetas a la Ley de Lavado de Dinero (GwG) deben contar con un **manejo efectivo del riesgo** adecuado a la naturaleza y alcance de sus respectivas actividades comerciales (parágrafo 4 I GwG). Esta ley no solo se aplica a las instituciones financieras y de crédito, sino que ahora se extiende a numerosos sectores económicos: también incluye abogados, notarios, auditores, asesores fiscales, agentes inmobiliarios, organizadores y corredores de juegos de azar, así como comerciantes de mercancías. Los elementos centrales de la necesaria gestión de riesgos son el análisis de riesgos y las medidas de seguridad interna (parágrafo 4 II GwG). Ciertas personas obligadas que parecen estar particularmente en riesgo, como las instituciones de crédito y de servicios financieros, las instituciones de pago y las instituciones de dinero electrónico, las empresas de seguros, las sociedades de gestión de capital y los organizadores y corredores de juegos de azar, deben designar a un oficial de lavado de dinero a nivel gerencial y a un suplente (parágrafo 7 I GwG).

III CRIMINAL COMPLIANCE EN LA PRÁCTICA

1. Los programas de cumplimiento a menudo son implementados por un **oficial de cumplimiento** (Compliance Officer), quien es responsable de asegurar que el programa sea implementado dentro de la compañía y actúa como un enlace entre la gerencia y los encargados de tomar decisiones. Al establecer un **programa de cumplimiento efectivo**, el propietario de un negocio o empresa, o gerentes de nivel equivalente, cumplen con su obligación de proporcionar una “supervisión adecuada”. Si el programa de cumplimiento es efectivo, se garantiza la evitación de comisión de actos delictivos relacionados con la empresa, o al menos que se dificulten considerablemente, cumpliendo así con el deber de supervisión. Sin embargo, si los empleados subordinados cometen actos delictivos relacionados con la empresa, y éstos no pudieran evitarse mediante una “supervisión adecuada”, no sólo se descarta una infracción intencionada o negligente de la obligación de supervisión en el sentido del parágrafo 130 OWiG, sino también la imposición de una multa a la empresa de conformidad con el parágrafo 30 OWiG. Esto se debe a que no es posible ni necesario diseñar las medidas de supervisión de tal

manera que no puedan producirse infracciones en absoluto¹³. Un programa de cumplimiento eficaz garantiza que se elimine cualquier responsabilidad por parte de la dirección y de la empresa, es decir, que haya una “exención de responsabilidad”¹⁴. Sin embargo, si existen **dudas** sobre la eficacia del programa de cumplimiento, no puede descartarse un incumplimiento negligente de la obligación de supervisión¹⁵.

2. En la última década se ha intensificado considerablemente la **persecución penal** de empresas en Alemania. En este caso, la falta de cumplimiento de las normas penales ha sido especialmente importante. En caso de infracción, no sólo los gerentes y sus empresas se enfrentan a **elevadas multas**, sino que los propios gerentes también están expuestos a reclamaciones por daños y perjuicios. En diciembre de 2013, como parte de una revisión legal del llamado escándalo de corrupción de Siemens¹⁶, un antiguo miembro de la junta directiva de Siemens fue condenado por el Tribunal Regional de Munich I¹⁷ a pagar 15 millones de euros a su antiguo empleador como compensación por el hecho de que no se hubiera establecido un sistema de gestión del cumplimiento que funcionara. En vista de los considerables riesgos a los que están expuestos los ejecutivos, no es de extrañar que en los últimos años se hayan establecido cada vez más programas de cumplimiento en Alemania y que cada vez se empleen más oficiales de cumplimiento. Estos programas han conducido a una reducción significativa de la delincuencia económica, como indica un estudio realizado en 2013 sobre grandes empresas alemanas¹⁸.

3. En la práctica, se han establecido **normas mínimas** para sistemas eficaces de gestión del cumplimiento y de gestión de riesgos para describir los requisitos que por lo menos deben cumplir los sistemas eficaces¹⁹. Esto incluye en particular:

- las directrices para la implementación de los sistemas de gestión **ISO 19600** y para la gestión de riesgos **ISO 31000** de la Organización Internacional de Normalización (ISO), que se han aplicado ampliamente en Alemania desde 2014;
- la norma de auditoría **IDW PS 980** del Instituto de Auditores en Alemania (IDW) para la auditoría de sistemas de gestión de la conformidad.

De este modo, las empresas pueden hacer **certificar** externamente sus sistemas de gestión del cumplimiento por parte de auditores o evaluar su gestión de riesgos, por ejemplo, por parte de la Asociación de Inspección Técnica del Sur (TÜV Süd). Esto confir-

ma a la dirección de la empresa que se cumplen los requisitos mínimos, de modo que, por regla general, si los empleados cometen delitos penales o faltas administrativas, los directivos y la empresa no son “responsables”.

4. En la **mayoría de las empresas alemanas**, sin embargo, no hay estructuras de cumplimiento hasta ahora. Esto se debe, por un lado, a que se está ahorrando el considerable esfuerzo que supone la creación de estructuras de cumplimiento y, por otro, a que se teme que una normativa interna estricta reduzca significativamente la probabilidad de que se lleven a cabo acciones delictivas relacionadas con la empresa, pero que, al mismo tiempo, dificulte de forma significativa la actividad empresarial²⁰. Además, la ausencia de un programa de cumplimiento no constituye un incumplimiento de las obligaciones de supervisión²¹. Sólo cuando un empleado comete un **delito o una falta administrativa** parece obvio que la existencia de un programa de cumplimiento efectivo habría dificultado considerablemente la comisión del delito, si es que no lo hubiera impedido del todo. Por lo tanto, en estos casos casi siempre se producirá un incumplimiento, al menos por negligencia, de la obligación de supervisión prevista en el párrafo 130 OWiG, que permite al mismo tiempo imponer una multa a la empresa con arreglo al párrafo 30 OWiG.

5. Además, es de gran importancia práctica que la **existencia de un sistema** de gestión del cumplimiento pueda repercutir en el importe de la multa impuesta a la asociación con arreglo al párrafo 30 OWiG. En mayo de 2017, por ejemplo, el Tribunal Federal de Justicia²² dictaminó que la medida en que la empresa cumplía con su obligación de prevenir violaciones a la ley desde el ámbito de la empresa e instalara un sistema eficiente de gestión del cumplimiento también era importante para la dosificación de la multa por asociación; en este contexto, también debería desempeñar un papel si la empresa durante el proceso que siguiera a la detección del delito optimizara sus políticas y el diseño de sus procesos internos de tal manera que, infracciones similares a las normas resultarían significativamente más difíciles en el futuro. Anteriormente, era controvertido si la existencia de un programa de cumplimiento en la ley aplicable ya lleva a una reducción de la multa, ya que el propietario de una empresa está legalmente obligado a una “supervisión adecuada” y el establecimiento de un programa de cumplimiento simplemente sirve para cumplir con esta obligación²³.

IV. PERSPECTIVA: EL FUTURO DEL DERECHO SANCIONADOR

En el futuro, la presión sobre las empresas para establecer programas de cumplimiento efectivos debería seguir creciendo. En septiembre de 2013, por ejemplo, el Ministro de Justicia de Renania del Norte-Westfalia presentó un proyecto de **Código Penal de la Asociación** (Verbandsstrafgesetzbuch), el cual fue discutido enérgicamente²⁴. Se previó un mecanismo de respuesta y sanción fuertemente preventivo, que debería dar a las empresas “delinquentes” la oportunidad de corregir por sí mismas las estructuras defectuosas. Por ejemplo, debería ser posible renunciar a las sanciones si una empresa adopta medidas suficientes para evitar delitos similares en el futuro. Con ello se pretendía ofrecer un fuerte incentivo para la introducción voluntaria de programas de cumplimiento. Sin embargo, el proyecto suscita grandes reservas, en particular debido a las elevadas cargas que impondrá a las pequeñas y medianas empresas²⁵.

Según el nuevo acuerdo de coalición del 7 de febrero de 2018, la Gran Coalición (CDU; CSU; SPD), que fue reelegida en octubre de 2017, quiere ahora regular exhaustivamente la ley de sanciones para las empresas en la actual legislatura²⁶. En este contexto, también deben elaborarse normas para las suspensiones de procedimiento y las normas de evaluación que incentiven las estructuras de cumplimiento. Se espera que el proyecto de una **Ley de Sanciones a las Asociaciones** se presente en el transcurso de 2019. El “**Proyecto de Colonia**” presentado el 6.12.2017 podría servir de modelo²⁷. Este proyecto, que fue desarrollado en la Universidad de Colonia por numerosos científicos y profesionales del derecho, tiene una orientación preventiva decididamente especial²⁸. De acuerdo con esto, algunas de las sanciones deben ser suspendidas para la asociación si el daño causado es compensado y se toman las medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para prevenir futuras faltas. Esto podría reforzar significativamente las estructuras de cumplimiento en las empresas.

Bibliografía general

Bay/Hastenrath (ed.), Compliance-Management-Systeme: Praxiserprobte Elemente, Prozesse und Tools, 2ª edición 2016; Bock, Criminal Compliance: Strafrechtlich gebotene Aufsicht in Unternehmen, 2ª edición 2013; Eckert, Praxiswissen Compliance - inkl. Arbeitshilfen online: Erfolgreiche Umsetzung im Unternehmen, 2014; Hauschka/Moosmayer/Lösler

(ed.), *Corporate Compliance: Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 3ª edición 2016; Inderst/Bannenberg/Poppe (Hrsg.), *Compliance: Aufbau - Management - Risikobereiche*, 3ª edición 2017; Moosmayer (Hrsg.), *Compliance-Risikoanalyse: Praxisleitfaden für Unternehmen*, 2015; Rotsch (ed.), *Criminal Compliance vor den Aufgaben der Zukunft*, 2013; Schulz (ed.), *Compliance-Management im Unternehmen: Strategie und praktische Umsetzung*, 2017; Umnuß (ed.), *Corporate Compliance Checklisten: Rechtliche Risiken im Unternehmen erkennen und vermeiden*, 3ª edición 2017; Veit, *Compliance und interne Ermittlungen*, 2018.

Notas

- 1 Bock, ZIS 2009, 68, 69.
- 2 BT-Drs. VI/1269 p. 67.
- 3 Waßmer, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2006, p. 385 y ss.
- 4 BGHSt. 25, 158, 163; Rogall en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5ª edición 2018, § 130 marg. 40.
- 5 Waßmer, en: Fuchs (Ed.), *WpHG*, 2ª edición Vor §§ 38-40b marg. 77.
- 6 Rogall en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5ª edición. 2018, § 130 marg. 42.
- 7 BGHSt 9, 319, 322 s.; 25, 158, 163; OLG Stuttgart NJW 1977, 1410; OLG Düsseldorf wistra 1991, 39; OLG Zweibrücken NSTZ-RR 1998, 312.
- 8 Rogall en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5ª edición 2018, § 130 marg. 51.
- 9 BGH wistra 1982, 34; OLG Köln wistra 1994, 315.
- 10 Véase sólo von Galen/Maass, en: Leitner/Rosenau (ed.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 130 marg. 44.
- 11 Niesler, en: Graf/Jäger/Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2ª edición 2017, § 130 marg. 13.
- 12 Waßmer, en: Fuchs (Ed.), *WpHG*, 2ª edición 2016, Vor §§ 38-40b marg. 78.
- 13 BGH WuW/E 2262.
- 14 Rogall, en: *Karlsruher Kommentar zum OWiG*, 5ª edición 2018, § 130 marg. 58.
- 15 von Galen/Maass, en: Leitner/Rosenau (ed.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2017, § 130 marg. 44.
- 16 Fundamental - establecimiento de los llamados "fondos negros" como infidelidad - BGHSt 52, 323 ss. - Siemens, sentencia de 29.8.2008 - 2 StR 587/07.
- 17 LG München I NZWiSt 2014, 183 - Neubürger, sentencia de 10.12.2013, 5 HKO 1387/10.
- 18 PricewaterhouseCoopers (ed.), *Wirtschaftskriminalität und Unternehmenskultur* 2013, noviembre 2013, p. 16 ss.
- 19 Ziegler, en: Blum/Gassner/Seith, *OWiG*, 2016, § 130 marg. 44.
- 20 Beck, en: BeckOK-OWiG, 22ª edición 15.03.2019, § 130 Rn. 128.
- 21 Niesler, en: Graf/Jäger/Wittig, *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2ª edición 2017, § 130 marg. 12.
- 22 BGH NZWiSt 2018, 379 - Compliance Management System, sentencia de 9.5.2017 - 1 StR 265/16.

- 23 Gehring/Box/Mäger, CCZ 2013, 1, 10.
- 24 Véase sólo Witte/Wagner, BB 2014, 643 y ss.; Zieschang, GA 2014, 91 y ss.
- 25 Schünemann, ZIS 2014, 1 y ss.: "zombie de política criminal".
- 26 Al respecto, Waßmer, ZWH 2018, 233, 238.
- 27 Disponible en <http://www.verbandsstrafrecht.jura.uni-koeln.de>.
- 28 Henssler/Hoven/Kubicel/Weigend, NZWiSt 2018, 1, 10; sobre la crítica Beckemper NZWiSt 2018, 420 y ss.; Kölbl, NZWiSt 2018, 407 y ss.; Köllner/Mück, NZI 2018, 311 y ss.; Korte, NZWiSt 2018, 393 y ss.; Schünemann StraFo 2018, 317 y ss.; Waßmer, ZWH 2018, 233, 238.

Argentina

Prof. Dr. Luis Fernando Niño

Universidad de Buenos Aires

I. El tema que nos convoca en esta oportunidad fue abordado por el legislador argentino a través de la sanción de la ley nacional 27401, de responsabilidad penal de las personas jurídicas¹.

La República Argentina había asumido en años anteriores, tanto a nivel continental cuanto internacional, el compromiso de emitir una normativa atinente a ese vasto y controvertido tópico. En tal sentido, preceden a dicho instrumento cuatro leyes, que incorporaron al ordenamiento interno otras tantas convenciones vinculadas al asunto, a saber: la ley 24759², que aprobó la Convención Interamericana contra la Corrupción, suscrita en Caracas (Venezuela) el 29 de Marzo de 1996; la ley 25319³, que aprobó la Convención sobre la lucha contra el cohecho de funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, suscrita en París (República Francesa), el 17 de Diciembre de 1997; la ley 25632⁴, que hizo lo propio en relación con la Convención Internacional de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), suscrita en Diciembre de 2000, y sus protocolos complementarios, y la ley 26097⁵, que introdujo al orden jurídico nacional la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, adoptada en Nueva York (Estados Unidos de Norteamérica) el 31 de Octubre de 2003.

La norma bajo análisis define inicialmente su cometido, aplicable a las personas jurídicas privadas, sean de capital nacional o extranjero, con o sin participación estatal, adoptando un sistema de *numerus clausus* respecto de los ilícitos que dan lugar a su operatividad, que son, básicamente, cinco: a) cohecho y tráfico de influencias, nacional y transnacional; b) negociaciones

incompatibles con el ejercicio de funciones públicas; c) concusión; d) enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados; e) balances e informes falsos agravados (lex cit., art. 1º).

Frente a esa aparente limitación en cuanto al objeto y alcance del nuevo instrumento⁶, el haz de situaciones que hacen pasibles de responsabilidad a las personas jurídicas es notablemente extenso y —aun— cabría reputarlo de ambiguo en los casos de actuación de un tercero, en tanto y cuanto se incluye la hipótesis de una gestión ratificada “de manera tácita” por la persona jurídica en cuestión, extremo de difusa proyección en la praxis judicial. Cierto es, empero, que la cláusula final del precepto respectivo obra como contrapeso al prever las condiciones para la eventual exención de responsabilidad del ente⁷.

Ningún reparo merece, en cambio, la clara regla de responsabilidad sucesiva referida a los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, en los que la responsabilidad de la persona jurídica es transmitida a la persona jurídica resultante o absorbente, así como la que mantiene subsistente la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando, de manera encubierta o meramente aparente, continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos, como lo prescribe el artículo 3º de la ley bajo examen. Es de recibo, asimismo, la reducción de las causales de extinción de la acción penal contra la persona jurídica a la amnistía o la prescripción, tal como lo establece su artículo 4º.

II. El tramo sustancial del texto legal que aquí se comenta, tomando en cuenta la consigna condensada en el epígrafe —“criminal compliance”—, es el que incluye, entre las condiciones cuya concurrencia simultánea se exige para la exención de pena y de responsabilidad administrativa de una persona jurídica, la implementación de “un sistema de control y supervisión adecuado en los términos de los artículos 22 y 23 de esta ley, con anterioridad al hecho del proceso, cuya violación hubiera exigido un esfuerzo de los intervinientes en la comisión del delito”⁸.

Cabe notar, por lo demás, que ya en la primera de esas tres condiciones liberatorias se alude a la actividad propia de detección e investigación interna, por parte de la persona jurídica en cuestión, que haya posibilitado la denuncia espontánea de un delito previsto en esta ley. De lo que se sigue que la premisa esencial para lograr la exención de responsabilidades de am-

bos órdenes consiste en la implementación —previa al hecho del proceso— de aquel sistema de control y supervisión, militando la subsiguiente denuncia y la devolución del beneficio indebidamente obtenido como meros complementos del cumplimiento normativo que dicho sistema configura.

Los ya mentados artículos 22 y 23 de la ley 27401 brindan abundante material para corroborar esa afirmación. En primer lugar, vale puntualizar que lo que aparece como mera potestad de las personas jurídicas, en orden a implementar programas de integridad consistentes en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos comprendidos en dicha ley⁹, se transmuta, a renglón seguido, en deber, a poco que se observe que el propio texto legal pasa a exigir tal implementación¹⁰; con la específica directiva de que el programa guarde relación con los riesgos propios de la actividad que la persona jurídica realiza, su dimensión y capacidad económica, de conformidad a lo que establezca la reglamentación¹¹.

Ese mismo carácter obligatorio revisten los tres elementos mínimos a contabilizar en el programa de integridad legalmente requerido: a) un código de ética o de conducta, o bien, existencia de políticas y procedimientos de integridad aplicables a todos los directores, administradores y empleados, independientemente del cargo o función ejercidos, que guíen la planificación y ejecución de sus tareas o labores de forma tal de prevenir la comisión de los delitos contemplados en esta ley; b) reglas y procedimientos específicos para prevenir ilícitos en el ámbito de concursos y procesos licitatorios, en la ejecución de contratos administrativos o en cualquier otra interacción con el sector público y c) realización de capacitaciones periódicas a directores, administradores y empleados, sobre el propio programa de integridad¹².

Completa dicha prescripción una decena de elementos, facultativos —si se atiende al verbo empleado por el legislador—, aunque reiteradamente referidos a su adaptación al consabido programa, al apoyo visible e inequívoco a este último por parte de directores y gerentes, a la existencia de canales internos de denuncia de irregularidades o al monitoreo y evaluación continua de la efectividad de aquél. Entre ellos destaca la provisión de un responsable interno a cargo del desarrollo, coordinación y supervisión del programa en cuestión, figura que la literatura especializada extranjera identifica como chief compliance officer, y suele traducirse a nuestro idioma como oficial de cumplimiento¹³.

La centralidad, en el diseño del legislador argentino, de un programa de integridad que garantice el cumplimiento normativo se evidencia, asimismo, en caso de que ya se hubiere iniciado proceso contra una persona jurídica. Antes de la citación a juicio podrá celebrarse un “acuerdo de colaboración eficaz”¹⁴ entre el representante de aquella y el Ministerio Público Fiscal, a través del cual, además de obligarse a cooperar a través de la revelación de información o datos precisos, útiles y comprobables para el esclarecimiento de los hechos, la identificación de sus autores o partícipes o el recupero del producto o las ganancias del delito, la persona jurídica sobre la que recayere la imputación deberá someterse al cumplimiento de las condiciones que se establezcan, entre las que se cuenta, además del pago de una multa, la restitución de cosas o ganancias que fueren producto o provecho del delito, el abandono en favor del Estado de bienes presumiblemente afectados a decomiso en caso de recaer condena, la reparación del daño causado, la prestación de servicios a la comunidad y la aplicación de medidas disciplinarias contra quienes hubieren participado en el hecho delictivo, la implementación de un programa de integridad en los términos de los ya citados artículos 22 y 23 de la ley, o bien la introducción de mejoras o modificaciones en un programa preexistente.

III. Genéricamente considerada, la doctrina penal consagrada al tema que hoy nos atañe ha recibido la sanción de la ley 27401 como reflejo de “una clara política de Estado orientada a combatir los delitos contra la Administración pública que cometan funcionarios en connivencia con empresarios contratistas de servicios públicos”¹⁵, y se abocó, básicamente, a la descripción y comentario de su articulado¹⁶.

Fue recibida auspiciosamente “la solución adoptada por el legislador, en lo que remite al sistema de imputación de responsabilidad”, por entenderse que “se ha apartado de la aplicación estricta tanto del sistema objetivo o ‘vicarial’ como del basado en el ‘déficit de organización’, inicialmente propuesto por el Poder Ejecutivo y, en consecuencia, parecería haberse optado por una fórmula mixta, donde concurren elementos de ambos formatos en la tipificación de un ilícito penal, que fuera realizado directa o indirectamente con su intervención, o en su nombre, interés o beneficio”¹⁷. En verdad, la norma reconoce “el principio basado en la independencia de las acciones, en el juzgamiento y la sanción de un mismo hecho, con respecto a la situación de las personas humanas que hubieran participado (como autores o partícipes) en su comisión. En otras

palabras, no se requiere como condición precedente la declaración de culpabilidad de una persona humana por un delito, cometido en el marco de su organización interna, para la atribución de responsabilidad penal contra una persona jurídica, bastando con que se acredite que dicho ilícito no podría haberse cometido sin la tolerancia de sus órganos”¹⁸.

Una de las críticas más contundentes recogidas en la incipiente bibliografía reunida en torno a la materia radica en el parámetro escogido por el legislador para graduar la pena de multa a aplicar a la persona jurídica condenada, que se funda en el monto del beneficio obtenido en la operación u operaciones ilícitas detectadas¹⁹, en lugar de tomar como base la situación real de la compañía, cantidad de empleados, ingresos brutos y netos y demás indicadores de su magnitud, pasando por alto las distancias abismales entre una compañía multinacional y una pequeña o mediana empresa²⁰.

Por su parte, resueltamente adverso a productos legislativos como el de referencia se yergue Carlos Cruz, en su flamante tesis doctoral titulada “Aportes al pensar penal económico”²¹. Deja a salvo dicho autor que “(s) in dudas resulta necesario, en resguardo de los intereses supraindividuales de la sociedad, prevenir y reprimir las prácticas corruptas y fraudulentas de empresas y funcionarios a través de instrumentos eficaces”; pero acota a continuación que tal objetivo “no será alcanzado por una legislación que, más allá de lo declamado, sólo contribuya a consolidar un sistema de impunidad frente a ilícitos graves”²². Añade, al respecto, que “(l)a cultura y patrones de cumplimiento y responsabilidad corporativa fomentados y financiados por diversos ámbitos empresariales y educativos, con eje en conceptos como ética, transparencia o corrupción, tienden a reinstalar, con nuevos ropajes, los protocolos habituales de gestión y control empresaria, que se remontan a criterios de organización científica del trabajo del siglo XVIII”²³.

Desde esa óptica, advierte que frente a la tendencia que admitía la factibilidad de aplicar sanciones a las sociedades, se ha promovido en simultáneo “una doctrina proclive a desplazar, en definitiva, la sanción de las personas de existencia ideal hacia los administradores, a cuyos efectos se instala, entre otros dispositivos, la figura del chief compliance officer, quien podrá funcionar en el primer nivel de responsabilidad ante imputaciones por ilícitos corporativos promovidos con el fin de aumentar beneficios”, censurando —en el mismo orden de ideas— la alternativa de exclusión de culpabilidad de la persona jurídica en base a la existencia previa de programas preventivos”. Propone —en

suma— “abarcar estos contenidos en su conjunto y con conciencia de un pensar situado”, por parte de políticos y penalistas de los pueblos de la periferia, en lugar de asumir acriticamente “la agenda legislativa de los organismos multilaterales de crédito, construida en vista de la defensa de intereses asentados en países centrales”²⁴.

Notas

1 Publicada en el B.O. del 1º/12/2017.

2 Publicada en el B.O. del 17/1/1997.

3 Publicada en el B.O. del 18/10/2000.

4 Publicada en el B.O. del 30/8/2002.

5 Publicada en el B.O. del 9/6/2006.

6 En rigor, mediante sustituciones e incorporaciones de nuevos preceptos al Código Penal, contenidas en los artículos 30 a 37 de la ley a la que aludimos, el exiguo elenco escogido representa un denso catálogo de conductas ilícitas. Las lógicas limitaciones impuestas a estos informes nacionales conducen a derivar su lectura al sitio oficial que se menciona a continuación: servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=296846

7 El texto del artículo 2 de la ley reza así: “Las personas jurídicas son responsables por los delitos previstos en el artículo precedente que hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio. También son responsables si quien hubiere actuado en beneficio o interés de la persona jurídica fuere un tercero que careciese de atribuciones para obrar en representación de ella, siempre que la persona jurídica hubiese ratificado la gestión, aunque fuere de manera tácita. La persona jurídica quedará exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para aquella”.

8 Lex cit., art. 9º, inciso b.

9 Lex cit., art. 22, 1er. párrafo.

10 Lex cit., art. 22, 2º párrafo.

11 Lex et loc. cit.

12 Lex cit., art. 23º, 1er. párrafo.

13 Lex cit., art. 23, 2º párrafo, inciso IX

14 Lex cit., art. 16º.

15 CASTEX, Francisco - DUBINSKI, Andrés M: “La nueva ley 27401 y la responsabilidad penal patrimonial”, en: CASTEX, Francisco (dir.) - DUBINSKI, Andrés M. y MARTÍNEZ, Sebastián (coord.), Ad-Hoc, Bs. As., p. 17.

16 SACCANI, Raúl R. - MORALES OLIVER, Gustavo L. (dir): “Tratado de Compliance”, La Ley, Bs.As, 2018;

VÍTOLO, Daniel Roque (dir.) AA.VV. “Responsabilidad de las personas jurídicas privadas”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018.

17 PAPA, Rodolfo: “Comentarios sobre la nueva ley de responsabilidad penal empresarial”, en colaboración con Cecilia LANÚS OCAMPO, INFOBAE, edición digital del 21/3/2018. Análogamente, CASTEX, F. - DUBINSKI, A.M., *op. cit.*, p. 26.

18 PAPA, R.: *op. et loc. cit.* En el mismo sentido, CASTEX, F. - DUBINSKI, A. M.: *cit.*, p. 26. Ciertamente, el artículo 6º dispone que “(l)a persona jurídica podrá ser condenada aun cuando no haya sido posible identificar o juzgar a la persona humana que hubiere intervenido, siempre que las circunstancias del caso per-

mitan establecer que el delito no podría haberse cometido sin la tolerancia de los órganos de la persona jurídica.

19 Lex cit., art. 7º, inciso 1.

20 CASTEX, F. - DUBINSKI, Andrés M: *op. cit.*, p. 30.

21 Tesis defendida el 4 de Abril de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, recibiendo la calificación de Sobresaliente, con recomendación para su publicación.

22 CRUZ, Carlos: “Aportes al pensar penal económico. Influencia de las relaciones económicas y culturales respecto de la elaboración de normas penales que tienen por objeto reforzar el orden económico, en especial, en materia de concentración en los mercados”, ejemplar fotocopiado, p. 306.

23 CRUZ, C.: *op. cit.*, p. 308.

24 CRUZ, C.: *idem*, p. 309/10.

Brasil

Alexis Couto de Brito

Jenifer Moraes

Universidade Presbiteriana Mackenzie

No Ordenamento Jurídico Brasileiro, a previsão legal do Criminal Compliance restringe-se à exigência de mecanismos para prevenção dos crimes previstos na lei de lavagem de dinheiro ou a sua instrumentalização como um parâmetro mitigador da sanção, conforme disposto na lei n.12.846 de 2012.

A despeito da disseminação do instituto, sobretudo após a decisão ocorrida no julgamento do mensalão (Ação Penal 470)¹, sua repercussão na seara penal ainda carece de previsão específica, sendo várias as dúvidas remanescentes na doutrina relativas ao tema.

1. Cenário Legislativo

Comparativamente ao cenário internacional, a introdução da ideia de criminal Compliance deu-se de forma tardia no Ordenamento Jurídico Brasileiro. A primeira legislação federal a dispor sobre o tema, ainda que de maneira indireta, foi a lei nº 9613 de 1998 sobre Lavagem de ou ocultação de bens, direitos e valores.

Por ela, exigia-se a comunicação às autoridades competentes de todas as transações que ultrapassem um determinado limite, no prazo de vinte e quatro horas. Tal incumbência referia-se exclusivamente às bolsas de valores, empresas de arrendamento mercantil, pessoas jurídicas que comercializassem bens de luxo ou que exercessem atividades de compra e venda de imóveis.

A lei 9613/98 também regulamentou a criação do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas pela lei.

Passados quatorze anos e após a intensificação do debate sobre a necessidade de investimento preventivo no âmbito penal, a lei de lavagem de ativos brasileira sofreu uma importante reforma legislativa através da promulgação da lei 12.683 em 2012, cujas disposições ainda permanecem em vigor.

A lei 12.683 de 2012 inseriu uma previsão específica no artigo 10º, inciso III, da lei de lavagem, para que as pessoas jurídicas relacionadas no artigo 9º adotem políticas, procedimentos e controles internos visando o cumprimento de exigências previstas em lei, tais como a manutenção de registros de transações que ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente, ou ao atendimento das recomendações do Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Brasil². Esta foi a primeira requisição expressa de uma legislação Brasileira pela adoção de mecanismos de Compliance no âmbito Criminal.

O artigo 9º da lei de Lavagem de Dinheiro, por sua vez, foi alterado para ampliar significativamente o rol das pessoas que estão submetidas às exigências previstas no artigo 10º. Para além das pessoas inicialmente referidas no dispositivo, foram acrescentadas as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência em operações de compra e venda de imóveis, de gestão de fundos, valores mobiliários, dentre outras.

Um ano após a alteração da lei de lavagem de ativos, foi promulgada no Brasil a Lei n. 12.846/2013, popularmente chamada lei anticorrupção, que prevê o mecanismo de responsabilização de pessoas físicas e jurídicas pela prática de atos lesivos contra administração pública no âmbito administrativo e civil.

A lei anticorrupção inovou em prever como parâmetro de avaliação da sanção cabível a existência de mecanismos ou programas de integridade, auditoria ou incentivo à denúncia de irregularidades e aplicação de códigos de ética no âmbito das Pessoas Jurídicas (art. 7º, VIII)³. Também dispôs que a os parâmetros de avaliação de referidos programas seriam estabelecidos em regulamento editado em data posterior pelo Poder Executivo.

O decreto regulamentador foi promulgado apenas três anos depois, em 2015, sob o número 8420. Em seu artigo 42, são dispostas as medidas exigíveis pelo programa de integridade disposto na lei anticorrupção, tais como a existência de canais de denúncia de irregularidades, mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé, medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade, procedimentos

que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados.

Uma importante disposição quanto à instrumentalização de um programa de Compliance foi inserido no §4º do artigo 5º de referido decreto. Nele, reitera-se que a existência de programa de integridade será considerada para a dosimetria das sanções, no caso em que a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes ao funcionamento do programa⁴.

Em complemento, o §2º 42 do decreto 8420 prevê que a efetividade do programa de integridade também será considerada para fins da avaliação disposta no caput do artigo 42 e, por decorrência, para a dosimetria da pena, nos termos previstos no artigo 5º supramencionado⁵.

2. Responsabilização pelo descumprimento

O Ordenamento Jurídico Brasileiro apenas prevê a responsabilização criminal das pessoas jurídicas por crimes ambientais, atualmente previstos na lei 9605/1998. As penas específicas às pessoas jurídicas estão determinadas nos artigos 22 e seguintes desta mesma lei e consistem em multa, penas restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade, tais como o custeio de programas e de projetos ambientais, a execução de obras de recuperação de áreas degradadas ou contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas.

O descumprimento na adoção de um Criminal Compliance, por outro lado, resulta em punições de natureza apenas administrativa. A lei de lavagem de ativos especificamente cominou sanções pela não implementação do instituto, enquanto a lei anticorrupção resumiu-se a utilizar o programa como um parâmetro mitigador da sanção aplicável.

No que diz respeito à lei de lavagem de dinheiro, as punições pelo descumprimento do modelo de Compliance estão dispostas no artigo 12º. Por ele, prevê-se que tanto as pessoas jurídicas taxativamente identificadas pelo artigo 9º, quanto os administradores destas, poderão ser apenados com advertência, cassação ou suspensão da autorização para exercício de atividade ou multa pecuniária não superior ao dobro do valor da operação, ao dobro do lucro real que presumivelmente seria obtido pela operação ou ao valor de vinte milhões de reais⁶.

Não obstante, a jurisprudência dos Tribunais Superiores⁷ vêm consolidando a utilização da Teoria da Cegreira Deliberada nos Crimes de Lavagem de Dinheiro, o que, por via reflexa, reforça a exigência das empresas em implementar um mecanismo eficaz de integridade⁸.

No que concerne à lei anticorrupção, inexistente qualquer punição específica para a carência de mecanismos de integridade. Este fato só ganha relevância, também em sede administrativa ou civil, no caso de responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos à administração pública cometidos em seu benefício. Em havendo apuração e, ao final, imposição de uma das sanções determinadas na lei anticorrupção, a inexistência de tais mecanismos será um fator de agravamento a ser considerado pelo magistrado atuante.

A provável causa da diferença entre o tratamento oferecido pelas duas leis reside nas pessoas destinatárias da determinação legal; A lei de lavagem de ativos, como visto, exige a adoção de regras de controle a determinadas pessoas jurídicas, taxativamente elencadas no artigo 9º, justamente em razão da importância de suas áreas de atuação e ressalvadas as peculiaridades adjacentes ao porte e volume de operação. A lei anticorrupção, por outro lado, possui um escopo universalista, sendo direcionada a toda e qualquer pessoa jurídica que se beneficie de conduta ilícita praticada em detrimento da administração pública, ainda que indiretamente.

Apesar deste agravamento pela inexistência ou pela ineficácia de mecanismos de controle não acarretar uma punição administrativa direta dos infratores, a possibilidade de responsabilização objetiva prevista na lei anticorrupção traz um incentivo à autoproteção das empresas atuantes no país. Em outras palavras, ainda que nenhuma pessoa jurídica seja objetivamente apenada pela lei anticorrupção por não ter um departamento de Criminal Compliance, a norma influencia o setor empresarial para a implementação de mecanismos de controle como uma forma de proteção quanto à eventuais atos cometidos por parceiros ou, até mesmo, por empresas do mesmo grupo.

Não obstante, é possível notar que as penas cominadas em ambas as legislações - consideradas como extrapenais - assemelham-se em termos quantitativos e qualitativos às penas previstas na lei de crimes ambientais (9605/98), também direcionadas às pessoas jurídicas, mas de natureza explicitamente criminal.

Diante disso, tornam-se possíveis reflexões sobre a proporcionalidade dos critérios adotados pelo Ordenamento Jurídico no tocante a este aspecto, sobretudo porque a divergência entre tais previsões reside no procedimento adotado para a imposição das sanções (menos garantista no administrativo) e não propriamente na natureza das penas cominadas.

Por fim, inexistente qualquer referência legislativa quanto à repercussão de um departamento de Compliance para fins de imputação Criminal, sequer em re-

lação à eventual vinculação com o conceito de garante previsto no artigo 13§2º do Código Penal Brasileiro⁹. Em outros termos, A responsabilização penal ainda é fruto de várias dúvidas quando uma conduta ilícita é cometida dentro do âmbito de uma empresa a despeito da existência de um mecanismo de integridade, principalmente porque o “Compliance Officer” seria justamente a pessoa responsável por impedir eventuais descumprimentos.

3. Regulamentos administrativos sobre o tema

A despeito das previsões legais mencionadas acima, a regulamentação de programas de integridade também é feita no Brasil de forma extrajurídica, sobretudo no que tange às instituições financeiras.

Em 1998, logo após a promulgação da lei de Lavagem de Ativos, o Banco Central do Brasil aprovou a resolução de nº 2554, na qual exigia-se a implementação de mecanismos de controles internos por instituições financeiras ou demais instituições correlatas. Esta resolução foi posteriormente reformada pela resolução 3056 em 2002, que atualmente permanece em vigor.

Dentre as várias determinações previstas na resolução 2554, tem-se a delegação de responsabilidade à diretoria da instituição pela implantação e implementação de uma estrutura de controles efetiva, bem como o estabelecimento de objetivos e procedimentos para seu cumprimento, assim como uma verificação sistemática de tais protocolos (artigo 1º)¹⁰.

Referida resolução também previa em sua redação original que a implementação do sistema de controles internos deveria ocorrer até 31 de dezembro de 1999.

Ainda em 1998 o Banco Central do Brasil publicou a Circular nº 3461, de forma a consolidar os procedimentos de prevenção e combate aos crimes previstos na lei de lavagem de dinheiro. Nela, estão dispostos protocolos para manutenção de registros cadastrais, sobre transações financeiras ou até mesmo sobre clientes, permitindo-se inclusive a identificação da movimentação de transações cujo valor seja igual ou superior a cem mil reais.

Em 2012 tais protocolos foram aperfeiçoados pela resolução nº 23 de 2012 do Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, voltada especificamente às pessoas físicas ou jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos, na forma do artigo 14§1º da lei de Lavagem de Dinheiro.

O artigo 2º da resolução 23 prevê expressamente que as pessoas físicas e jurídicas que comercializam joias, pedras e metais preciosos devem estabelecer e imple-

mentar política de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo compatível com seu volume de operações e, no caso das pessoas jurídicas, com seu porte, tendo o modelo, no caso das pessoas jurídicas, que abranger, no mínimo, determinados procedimentos descritos nos demais incisos do artigo, tais como à identificação de operações ou propostas de operações suspeitas ou de comunicação obrigatória.

Já em 2017 a Comissão de Valores Mobiliários do Brasil - CVM publicou uma instrução de forma a alterar a instrução CVM 480/2009, para incluir a exigência do emissor informar a existência de políticas, procedimentos ou práticas voltadas para a prevenção, detecção e remediação de fraudes praticadas contra a administração pública.

A instrução também prevê o dever de informação dos principais mecanismos e procedimentos de integridade adotados e sua adequação ao perfil e riscos identificados pelo emissor, bem como as estruturas organizacionais envolvidas no monitoramento do funcionamento dos programas de integridade, indicando suas atribuições, se sua criação foi formalmente aprovada, e os mecanismos de garantia da independência de seus dirigentes.

Notas

1 A decisão resultou no Informativo de Jurisprudência n.684 do STF, *in verbis*: Ato contínuo, o decano da Corte, Min. Celso de Mello admitiu a possibilidade de configuração do crime de lavagem de valores mediante dolo eventual, com apoio na teoria da cegueira deliberada, em que o agente fingiria não perceber determinada situação de ilicitude para, a partir daí, alcançar a vantagem pretendida. Realçou que essa doutrina não se aplicaria em relação a Anderson Adatao, João Magno e Paulo Rocha, cujas condutas julgou impregnadas de dolo direto, porque buscaram conferir aparência lícita a dinheiro de origem ilícita. Versou que ao se utilizarem do mecanismo viabilizado pelo Banco Rural e pela SMP&B —a dificultar ou impossibilitar o rastreamento contábil do dinheiro ilícito—, os réus pretenderiam ocultar o rastro de suas participações, sabidamente frutos de crimes contra a Administração Pública e o sistema financeiro nacional. Obtemperou que a legislação pátria consideraria ocultação, dissimulação ou integração etapas que, isoladamente, configurariam crime de lavagem. O Presidente, por vez, quanto aos réus absolvidos vislumbrou não terem eles sido beneficiários nem agentes de ações centrais, tampouco partícipes de qualquer empreitada que significasse reforço às ações delituosas ou pleno conhecimento de crimes antecedentes. No que tange aos demais réus, reputou que saberiam da engenharia financeira desse aparato publicitário-financeiro. Concluiu que o contexto factual o levaria a acatar a denúncia nesta parte. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 15, 17 e 18.10.2012. (AP-470)

2 Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º: III - deverão adotar políticas, procedimentos e controles internos, compatíveis com seu porte e volume de operações, que lhes permitam atender ao disposto neste artigo e no art. 11, na forma disciplinada pelos órgãos competentes;

3 Art. 7º Serão levados em consideração na aplicação das sanções: VIII - a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica;

4 § 4º Caso a pessoa jurídica apresente em sua defesa informações e documentos referentes à existência e ao funcionamento de programa de integridade, a comissão processante deverá examiná-lo segundo os parâmetros indicados no Capítulo IV, para a dosimetria das sanções a serem aplicadas.

5 § 2º A efetividade do programa de integridade em relação ao ato lesivo objeto de apuração será considerada para fins da avaliação de que trata o caput.

6 Art. 12. As pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções: I - advertência; II - multa pecuniária variável não superior: a) ao dobro do valor da operação; b) ao dobro do lucro real obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação; ou c) ao valor de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais); III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º; IV - cassação ou suspensão da autorização para o exercício de atividade, operação ou funcionamento.

7 Neste sentido: STJ. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 785.584 - PR (2015/0236771-2). Julgado em 05/09/2017.

8 A ineficácia de programas de Compliance vêm sendo utilizada pelo Ministério Público brasileiro como fundamento para a responsabilização de Pessoa Jurídica no âmbito administrativo, inclusive quando um funcionário deliberadamente participa da ação delitiva com a intenção de fraudar os mecanismos de controle. Alega-se o descumprimento do chamado "*Know your customer*" e "*Know your employee*" pela instituição financeira, sendo tais alegações utilizadas em recente desmembramento da operação "Câmbio, desligo", ocorrida no Rio de Janeiro em 28 de maio de 2019 (Cautelar n.0507150-73.2018.4.02.5101, 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.)

9 § 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omissente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.

10 Art. 1º Determinar às instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil a implantação e a implementação de controles internos voltados para as atividades por elas desenvolvidas, seus sistemas de informações financeiras, operacionais e gerenciais e o cumprimento das normas legais e regulamentares a elas aplicáveis. § 1º Os controles internos, independentemente do porte da instituição, devem ser efetivos e consistentes com a natureza, complexidade e risco das operações por ela realizadas. § 2º São de responsabilidade da diretoria da instituição: I - a implantação e a implementação de uma estrutura de controles internos efetiva mediante a definição de atividades de controle para todos os níveis de negócios da instituição; II - o estabelecimento dos objetivos e procedimentos pertinentes aos mesmos; III - a verificação sistemática da adoção e do cumprimento dos procedimentos definidos em função do disposto no inciso II.

China

Bencan Li^{1*}

For Chinese economy, the year 2018 is of special significance. In this year, Chinese companies, represented typically by Huawei and ZTE Corporation, have suffered unprecedented compliance risks. “According to incomplete statistics, serious incidents concerning security risks of Chinese companies had taken the number to 413 in 2018; and 67 cases of them involved criminal compliance, which took the fourth place among all categories of the incidents. Worse still, compliance risks caused by export controls were on the rapid increase.”² In order to reinforce the self-regulation of Chinese companies and help them to avoid compliance risks in the process of “Going Global”, the National Development and Reform Commission and five other national ministries jointly issued the “Guidelines for Corporate Overseas Compliance Management of Domestic Enterprises (26 DEC 2018)”; also, State-owned Assets Supervision and Administration Commission of the State Council released the “Guidance on Compliance Management for Central Stated-Owned Enterprises (trial implementation) (02 NOV 2018)”. To promote corporate compliance, Chinese scholars of criminal law have been enhancing the study on criminal compliance. This paper, with the combination of Chinese criminal code, describes the status quo of Chinese criminal compliance and looks forward to its further developments.

I. ACADEMIC VIEWS ON THE DEFINITION OF CRIMINAL COMPLIANCE

1. The Perspective From Company

The term “compliance” originates from the verb phrase “to comply with”. It was firstly used in medical fields, meaning “acting on doctor’s orders”. In recent years, the concept of “compliance” has also been applied into the field of corporate economy, providing that “conducts within the enterprise shall be in accordance with law, certain standards as well as internal orders”. In the law area, the earliest usage of the term “compliance” occurred in banking industry under common law system, which referred to “assuring that employees in credit agencies or other financial industries with high risks would abide by law, regulations, and rules (especially for preventing insider trading)”³. Later, the term “compliance” was introduced into other branches of law. Nowadays, “compliance” is usually interpreted as “internal operations of company shall be in accordance with rules”. The term “rules” here con-

tains a broad sense, which consists of laws, internal regulations and even ethic requirements of the company. Therefore, it could be concluded that “complying with criminal law” also falls into the scope of “compliance”. Criminal compliance obligation, actually, is embodied in the company law of China: “When engaging in business activities, a company shall abide by laws and administrative regulations, observe social morality and business ethics, act in good faith, accept supervision by the government and the public, and bear social responsibilities.” (Article 5, Company Law of China). Certainly, the “law” referred in Article 5 includes criminal law. Therefore, the “compliance” in the Company Law of China contains the requirement of criminal compliance. Consequently, there is nothing special of criminal compliance for companies, or, at most, it just reminds companies to pay attention to the criminal risks resulted by the violation of criminal law and regulations. Compliance from the perspective of companies would not be discussed in this paper.

2. The Perspective From the State

From the perspective of companies, “compliance” is essentially the self-regulation of companies, including the measures taken for preventing themselves from internal operation risks. However, if “compliance” is only understood from the perspective of self-regulation, it would lose its uniqueness. Law offers behavior norms for social subjects. In terms of natural person, it is people’s inner consciousness rather than external deterrence of law that drives them to follow the law. In other words, self-regulation is the primary source that promotes people to be law-abiding. From this perspective, there is no special feature of company self-regulation. Yet company self-regulation is different from natural person’s self-management if the former is comprehended from another side: economic input is not needed for natural person’s self-regulation, or at least it is not the main source of supporting natural person’s self-regulation; nevertheless, company self-regulation does need a huge amount of economic input. This determines that in order to promote companies to run compliance management consciously, external incentives are of great necessity, and incentives under criminal law could be an effective way. That is known as the criminal compliance system. In other words, criminal compliance at state level is a system that establishes a relationship between company compliance management and criminal responsibility, and encourages companies to consciously improve their self-regulation by

virtue of sentencing incentives and prosecution incentives (by deferred prosecution or non-prosecution agreement), so as to achieve a “win-win” goal for both companies and the state—not only reducing criminal risks and responsibilities for companies, but also improving judicial efficiency, enhancing effects of corporate crime governance, and avoiding adverse effects caused by criminal prosecution of companies at state level.

II. CRIMINAL COMPLIANCE IN CHINESE CRIMINAL CODE

There are two key elements of criminal compliance system, namely the internal control from organizations and the external promotion from criminal law⁴. From this perspective, criminal compliance system could be divided into two sub-systems: compliance system within the Party and government organs as well as within companies. Forms of these two systems are fairly different due to corresponding differences in legislation. The former is constructed primarily through exerting individual criminal responsibility to leaders in public institutions, while the latter is established mainly by means of imposing corporate criminal responsibility to companies.

1. Criminal Compliance System Within Public Institutions

Firstly, it is noticeable that risk management tools of companies have been widely applied into the anti-corruption practice in the Party and government organs. For instance, in the “Guiding Opinions on Promoting Construction of Corruption Prevention and Control Mechanism” released by Central Commission for Discipline Inspection (CCDI), CCDI drew on experience from risk management tools in company governance: “Practice has shown that introducing risk management theory and modern quality management methods into anti-corruption campaigns constitutes an important part in constructing a sound system for punishing and preventing corruption, which will be an impelling device for regulating the operation of state power, building a government under the rule of law, promoting leadership, and precluding corruption in advance.” Afterwards, the third Plenary Session of 18th CPC Central Committee put forwards establishing “the system of individual responsibility of the Party leader”, i.e. fulfilling the obligation of internal control becomes a part of disciplinary requirement. At the meantime, there exists a tendency of individual responsibility being criminalized. That is to say, if the Party leader or go-

vernment officials fail to perform their internal management obligations, which results in serious corruption within the institutes, they might bear criminal responsibilities. Under Chinese criminal law, the “criminal responsibilities” here refer to Article 397 which concerns the dereliction of duty and abuse of authority. In traditional theory of Chinese criminal law, the concept of “duties” was not clear, so we cannot find an answer on the question that whether the internal obligation of anti-corruption falls into the scope of “duties” under Article 397. Noticeably, both in theory and practice, it becomes a popular viewpoint that leaders shall be imposed internal obligations of anti-corruption at criminal level through the reinterpretation of Article 397. For instance, as what I have analyzed in my recent academic essays, it could be drawn a conclusion from the reinterpretation of Article 397: although there are not any specific articles of Chinese law regulating that leaders of the Party and government organs are obligated of governing corruption crimes, such obligations are expressly affirmed in disciplinary documents of the Party. Considering the Chinese Communist Party-leading policy, Party leaders are also civil servants, so they are the subjects regulated by Chinese Civil Servant Law as well as Chinese Criminal Law. Therefore, due to the duality of their identity (leaders of both the Party and the government), disciplinary documents of the Party provide criminal meaning⁵. In judicial practice, there is an increasing number of the Party leaders who are held criminal responsibilities under Article 379 for failing to control corruption crime within the institutions⁶. In general, through doctrinal interpretation of Article 379, Party leaders are imposed individual obligations of controlling corruption crime within the institutions, which provides an access of criminal compliance to corruption risk management within public institutions.

2. Criminal Compliance Within Companies

With the increasing awareness of risk management, Chinese companies have been progressively enhancing compliance management. Financial companies stepped out the first step of compliance management. Based on compliance practice, China Banking Regulatory Commission issued the “Guidelines for the Compliance Risk Management of Commercial Banks” in 2006; then, the Ministry of Finance, the China Securities Regulatory Commission, the National Audit Office, the China Banking Regulatory Commission, and the China Insurance Regulatory Commission jointly released “The Basic Standard for Enterprise Internal Control”

in 2008. Together with the two Guidelines mentioned in the introduction of this paper, all of these documents promote the company compliance in China. However, company compliance has not been affirmed by criminal law yet. That is to say, whether the company operates compliance management system is not a factor to be considered in the criminal punishment, which is different from the United States. However, companies could be exempted from responsibilities if they meet compliance standards, which could be concluded from Chinese legislation of corporate crime.

The system of corporate crime was firstly established by the Customs Law of China in 1987 and then was expressly confirmed by Chinese Criminal Code. When the Ninth Amendment to the Criminal Law of China was promulgated in 2015, there have been 163 corporate crimes. Those provisions concerning corporate crime are inherently related to corporate compliance. In criminal law, corporate crime is classified into administrative crime (*malum prohibitum*) rather than natural crime (*malum in se*). Administrative crime contains dual illegality, as the prerequisite of it is the violation of prior administrative regulations. In turn, if the obligation of the foresaid administrative regulations is well performed, one could be exempted from criminal responsibility. Administrative regulations impose various obligations on companies. To sum up, such obligations are the requirement of internal control, so as to prevent risks. For instance, Article 4 of “National People’s Congress Standing Committee Decision concerning Strengthening Network Information Protection” clearly provides the obligation of network service providers; Article 21 of China Internet Security Law also states that “network operators are required to follow certain security procedures to safeguard networks from interference, destruction or unauthorized access, and to prevent network data from being leaked, tampered with or stolen.” Correspondingly, in Article 286 (I) of the Criminal Law which concerns the failure to perform network security management obligations, whether network operators should bear criminal responsibility or not is mainly determined by whether they have exhausted fulfilling their obligations imposed by relevant administrative regulations. Here, internal control becomes the key point.

Article 286 (I) concerning the failure to perform network security management obligations is a typical example of criminal compliance entering into Chinese criminal law system. Also, a large number of provisions in criminal law embody the concept of criminal compliance: anyone who violates the provisions

concerning the safety management in production or operations, thereby giving rise to a major safety accident, shall be sentenced to imprisonment or detention (Article 134); anyone who violates the provisions concerning the safety management in production or operations because of holding of large-scale activities of the masses, thereby giving rise to a major safety accident, shall be sentenced to imprisonment or detention (Article 135(I)); anyone who violates the regulations on the control of hazardous articles, thereby giving rise to a major safety accident, shall be sentenced to imprisonment or detention (Article 136); anyone who violates the state’s regulations by reducing the quality standard of the projects, thereby giving rise to a major safety accident, shall be sentenced to imprisonment or detention (Article 137); anyone who does not take measures or make reports in a timely fashion when school buildings or educational and teaching facilities are obviously known to be dangerous, thereby giving rise to a major safety accident, shall be sentenced to imprisonment or detention (Article 138). On the one hand, relevant administrative regulations impose internal control obligations on companies; on the other hand, criminal law stipulates internal control obligations for relevant responsible personnel, the violation of which would invoke criminal responsibilities.

In general, although there is no direct connection between compliance and criminal responsibilities under Chinese criminal law system, it does not mean that the concept of compliance is excluded from Chinese criminal law. As Chinese criminal law explicitly recognizes corporate crime, and combine the doctrine of identification and constructive corporate culpability (*Organisationsverschuldens*) into application⁷, it is reasonable to conclude that compliance could be a ground for exempting or mitigating criminal responsibilities, which meet the threshold of criminal compliance system.

III. A VISION OF FUTURITY ON CRIMINAL COMPLIANCE IN CHINA

Criminal compliance is a new concept of crime prevention, which Prof. Dr. Ulrich Sieber calls as a new “alternative” tool for crime governance. Nowadays, the application of corporate compliance system has a tendency of being globalized. Therefore, Chinese companies should keep the pace of time and strengthen compliance management. Due to the inherent relationship between corporate compliance and corporate crime, criminal compliance system is legitimate. As for the

question on how to make full use of criminal law to promote corporate compliance, we need more academic research.

This paper firstly puts forwards that compliance system could serve as a basis for exempting or mitigating criminal responsibilities. In China, voluntary surrender, criminal confessions and meritorious performance are recognized as statutory basis for exempting or mitigating criminal responsibilities. However, corporate compliance is not recognized as a statutory basis for exempting or mitigating punishment, so in judicial practice, corporate compliance tends to be overlooked. However, through substantive interpretation of those provisions, it is not difficult to conclude that corporate compliance here refers to prior prevention, active response to incidents when they occur, and appropriate disposition of aftermaths. All of these measures would influence the retributive penalty or preventive penalty of companies. Before corporate compliance was formally recognized by criminal law, it is a realistic and economic choice to integrate corporate compliance into the discretion of penalty through judicial methods.

Further, the position of corporate compliance should be established in criminal law by virtue of legislation. The course of criminal justice in China is fairly dependent on legislation. Judges have been accustomed to relying on criminal legislation or judicial interpretation of the Supreme Court, so many of them are lack of subjective initiative, unwilling to apply theories of criminal law into the practice by interpreting relevant articles. Therefore, judicial practice in the area of criminal law becomes rather rigid. Such ossified phenomena could be observed in the judicial practice of corporate crime as well, which explains why corporate compliance is not taken into consideration in retributive penalty or preventive penalty. To make a change of this situation, criminal legislation is an appropriate choice. Without doubt, company compliance is a new concept in China, and the practice of it is far from expectations. There is still a long way to promote corporate compliance through legislation. However, as long as we find the right direction, the criminal compliance system will surely take roots in this great country.

Notes

1 Bencan Li, Associate Professor in Law School of Shandong University, China, also director of the Criminal Compliance Research Center at Shandong University.

2 The Overseas Security Risks of Chinese Enterprises Report (2018).

3 Vgl. Fleischer, Legal Transplants im deutschen Aktienrecht, NZG 2004, S. 1129, 1131.

4 Vgl. Thomas Rotsch, Compliance und Strafrecht-Fragen, Bedeutung, Perspektiven, ZStW 2013, S. 485-497.

5 Bencan Li, "The Construction of Anti-corruption Compliance System in Public Institution-Through the Interpretation of Article 397 of Chinese Criminal Law", Criminal Science, vol.2, 2019, pp. 27-31.

6 Gazette of The Supreme People's Procuratorate, No. 6, 2014 (No. 143); Criminal Judgement of The Second Intermediate People's Court of Beijing (2014), No. 87.

7 Zhang Mingkai, *The criminal law* (2016), Law Press, p. 138.

Costa Rica

Dra. Angie Andrea Arce Acuña

I. INTRODUCCIÓN

El mundo se ha visto impactado recientemente por la muerte del expresidente Allan García de Perú, en un aparente suicidio, por su negativa a someterse a la investigación del sonado caso de corrupción Odebrecht, empresa que daba sobornos a funcionarios de los gobiernos de 12 países, para obtener beneficios en contrataciones públicas.

Entre ellos Angola, Mozambique, Colombia, México, Panamá, Guatemala, República Dominicana, Perú, Argentina, Venezuela y Ecuador tenían una "caja B" a finales de los años ochentas con el nombre de sector de relaciones estratégicas, dedicada al pago de los sobornos.

En este escándalo se han visto imputados, presidentes, expresidentes, altos funcionarios brasileños, varios de ellos sentenciados, y la mayoría en procesos de investigación.

Si volvemos los ojos a Costa Rica, la realidad no es muy diferente, en el 2017, el medio digital CRHOY.COM, dio a conocer el peor escándalo de corrupción de los últimos tiempos, el conocido caso "cementazo", que ha involucrado a todos los poderes de la República, en un escándalo sin antecedentes, donde se cuestiona el préstamo de más \$31,5 millones por parte Banco de Costa Rica al empresario Juan Carlos Bolaños y su empresa SINOCEM Costa Rica en irregulares condiciones, previo a otorgar el préstamo sin ningún tipo de garantía, se cambiaron reglamentos, y legislación que no permitía la venta de cemento, según la Superintendencia de Entidades Financieras se desconoce el paradero de parte del dinero que se dio. Los tres poderes de la República se han visto involucrados, se mantienen las investigaciones, e incluso Magistrados y políticos han

tenido que dejar sus cargos. Esta situación permite ver con claridad la grave crisis de corrupción, y la vulnerabilidad de los bienes jurídicos éticos de las empresas, lo que deviene en una necesaria intervención del Derecho para evitar que se utilicen sociedades para cometer este tipo de delitos, poniendo en la mesa la discusión de la responsabilidad penal de la persona Jurídica y Compliance Criminal.

II. ALCANCES DEL CONCEPTO

Vivimos en un mundo donde el internet, la globalización la apertura de fronteras, y los negocios, plantean nuevos retos y exigen un Derecho Penal económico moderno, con una necesaria regulación del ámbito empresarial y sus conductas.

Llevando además la necesidad de individualizar responsabilidades dentro de la estructura de cada sujeto. La regulación de este tipo de conductas tiene como objetivo des estimular, y complicar que se sigan cometiendo este tipo de delitos. Se busca desde el derecho penal económico encontrar la forma más idónea para que las personas jurídicas puedan tener responsabilidad penal, pero además surge como novedad la obligación de cada empresa de auto regularse, y establecer sus políticas éticas ante conductas indeseables como lavado de dinero, tráfico de influencias, trata de personas entre algunos.

Para Francisco Castex la complejidad y especificidad de la actividad empresarial torna imposible una política de compliance cuya regulación sea únicamente jurídica, es necesaria la participación de la compañía para regularse. (Castex, 2018) Para Sebastián Martínez. (Martínez, 2018) “En general el Compliance suele ser asociado en forma automática e intuitiva con “cumplimiento”, en particular de normas legales”, la determinación de obligaciones normativas y compromisos asumidos en forma voluntaria por una organización y el seguimiento de su cumplimiento es una parte esencial de la función del compliance.

El concepto de Compliance se ha puesto muy de moda en los últimos años en los países del centro de Europa, donde uno de los puntos más novedosos son los Bienes jurídicos internacionales, que se utilizan para colaboraciones entre países, con el objetivo de detener la corrupción, y ayudar a esclarecer este tipo de delitos, se pretende, descubrir, prevenir o denunciar delitos cometidos utilizando personas jurídicas, sociedades, empresas y a sus directores. Como señala el profesor Gonzalo Castellón (Castellón, 2018) “Volviendo a la compliance, la idea de su constitución (y eventual

concreción en una ley penal o administrativa) pretende esencialmente regular hechos futuros. Pese a ello, el sistema de compliance constituye una esfera de idealidad que opera a la manera de un marco de referencia respecto a lo que el Estado espera de los protagonistas societarios (socios, directores, empleados con poder decisorio, órganos de administración etc.)”

De tal forma que la figura del Compliance pretende la verificación del cumplimiento de las políticas de cada país, que la empresa tenga valores empresariales y se cumplan, y del adecuado comportamiento de cada uno de los empresarios que trabajan.

II. LA PERSONA JURÍDICA Y SU COMPATIBILIDAD DOGMÁTICA

Sin duda alguna la mayoría de autores están de acuerdo en que los delitos cometidos por las asociaciones o instituciones con estas estructuras son dañosos para la sociedad, y que sus miembros pagan de una u otra forma por esas conductas, pero la gran disyuntiva, es que la teoría del delito que conocemos tal cuál es, no permite de forma pacífica, sancionar de una forma penal como usualmente se hace con los individuos a una persona colectiva por las siguientes razones que se han mencionado: La persona jurídica no puede cometer delitos, la voluntad de la persona física es la voluntad de la persona jurídica, hay problemas para determinar tanto la acción como la culpabilidad en estos casos, que la persona jurídica no tiene capacidad.

Por otro lado las personas jurídicas son creaciones arbitrarias, asociaciones abstractas o ficciones jurídicas donde se les niega que son una realidad social innegable, tal es así que las personas jurídicas son susceptibles de derechos y obligaciones, capaces de suscribir un contrato o romperlo, de adquirir y vender bienes, por lo que considerar que no son susceptibles de ser sancionadas penalmente es una negación de su existencia y capacidad otorgadas en la sociedad (Hans Joachim, 1999). La dogmática no debe ser un obstáculo para sancionar penalmente, todo lo contrario debe ayudar a minimizar el problema. (Parra Aranguren, 2005) Una de las principales dificultades que encuentro para poder sancionar a los entes colectivos, es que se pretende aplicar la teoría del delito tradicional cuando esta ha sido creada para otros supuestos, no se puede pretender usar un mismo sistema con dos situaciones distintas, por lo tanto es lógico que no comprendamos como se usará la culpabilidad y la acción, cuando en realidad no se puede.

Debe partirse a mi criterio y como bien lo han planteado varios autores de conceptos penales distintos que permiten elaborar una construcción de una teoría del delito especial para personas jurídicas, y de esta manera si se podrá encontrar un sentido a este dilema. Como bien lo ha planteado Heine, utilizando un sistema de imputación para poder determinar su responsabilidad a partir de las propias características de la persona jurídica. Jakobs a pesar que en un principio estuvo de acuerdo con la responsabilidad de la persona jurídica ahora plantea que no es posible en sostener esta teoría porque sostiene que los entes colectivos carecen de capacidad y de conciencia, de lo cuál autores como Guillermo Orce, sostienen que no es necesario para sancionar (Montenegro Lynett, 2003). La persona jurídica es susceptible de culpabilidad propia no derivada de la culpabilidad del órgano y la persona jurídica es merecedora de una verdadera responsabilidad penal ya que afirma el carácter del derecho, si bien es cierto que la persona jurídica carece de una conciencia propia, como lo ha indicado Jakobs (Montenegro Lynett, 2003) la conciencia no determina la imputación, para ser acreedor de una pena no se necesita ser susceptible de conciencia. (Montenegro Lynett, 2003)

La teoría del delito ha evolucionado de tal forma que para identificar los delitos dolosos de los imprudentes, la voluntad por ejemplo dejó de tener importancia para su grado de interpretación. La conciencia es algo que no es determinable por el sistema jurídico. Por tanto de tal forma y como plantea Guillermo Orce el sistema reconocerá la calidad del ente colectivo no por su autoconciencia sino, que depende de una auto descripción de la persona jurídica donde su “esencia” consistirá en como es observada por parte del sistema jurídico, la auto observación. La culpabilidad de la persona jurídica no será el tradicional reproche moral, sino la respuesta negativa hacia las normas jurídicas, y su organización contraria al ordenamiento y el derecho. Serán destinatarias al igual que los individuos de normas jurídicas y la culpabilidad será en este sentido en no adecuarse a las normas, que como instituciones les conciernen, debiendo conducirse con ética y moral para todas sus actuaciones con tal de no burlar las normas. Por tanto es posible buscar una culpabilidad en este sentido, y una imputación partiendo de conceptos como los del derecho civil. Debe idearse un sistema de imputación propio para personas jurídicas. En cuanto a la pena y sus fines de la misma debe plantearse cuales son los verdaderos fines de la pena en este caso, que no es otra cosa que la prevención general positiva, negativa y la especial positiva, donde se busque el robustecimiento

de la norma y la vigencia de las mismas, y demostrándole al resto de la sociedad que la no observancia del ordenamiento jurídico trae como resultado sanciones de tipo penal a la persona jurídica, que dificultará e incluso evitará que esta siga funcionando, sino acata lo que el ordenamiento jurídico prescribe. La violación de una determinada norma por una empresa de igual forma determina una reprobación social, además se intimidaría a la empresa para que esta no vuelva a reincidir en la violación desplegada ilícitamente. De tal forma el derecho penal debe cambiar su punto de vista cuando se refiera a personas jurídicas unir esfuerzos y plantear una teoría del delito apta para poder imputar de forma objetiva, las inobservancias a las normas jurídicas, producidas por empresas y entes colectivos, para sancionar la empresa como tal.

IV. EL COMPLIANCE EN COSTA RICA, PROPUUESTA Y CONCLUSIONES.

Sin duda alguna y a pesar de las controversias entorno al tema de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se hace necesario en todos y cada uno de los Códigos Penales de los países, y por supuesto en el de Costa Rica regular esta figura, no solamente castigando al órgano como tal, con ficciones jurídicas como la autoría a nombre de otro, sino que debe incluirse allí mismo no con matiz de sanción de carácter administrativo sino de carácter penal, la sanción a la persona jurídica.

Existen varios modelos posibles para dicha sanción como lo son la responsabilidad civil que es el régimen puro de indemnización por daños y perjuicios, que es una idea de multa una vez que la sentencia condenatoria tiene firmeza, pero es considerada demasiado débil, cuando se trata de delitos dolosos, de la criminalidad profesional, aunque pudiese ser útil en los culposos, las medidas de seguridad como la confiscación y cierre del establecimiento, las sanciones administrativas o también llamadas cuasi penales, donde se emite una sanción por una autoridad administrativa, pero son parte del sistema penal *latu sensu*, y se caracterizan por perseguir una finalidad retributiva, existe además la verdadera responsabilidad criminal donde se les otorga esta denominación y responsabilidad en países como Inglaterra, Escocia, Irlanda, Holanda, Noruega, estados Unidos, Canadá y Australia y por ultimo las medidas mixtas que encierran el carácter, administrativo, penal y civil antes mencionados.

En cuanto a la responsabilidad penal que se debería contemplar en el resto de Latinoamérica medidas que ya varios países han utilizado entre ellos Guatemala

donde se contemplan y en orden de gravedad: Cancelación de la persona jurídica; la multa; la suspensión total o parcial de actividades; pérdida o beneficios estatales; prestaciones obligatorias, la publicidad de la sentencia condenatoria, donde además si se pone en entre dicho la buena fe de sus negocios deben someterse a medidas de seguridad, donde puede haber un interventor ajeno a la empresa o un consejo de supervisión. De tal manera que estas son algunas de las sanciones que deberían tomarse en cuenta para sancionar penalmente a la persona jurídica.

Por otro lado y sacando provecho de las teorías propuestas por el funcionalismo, que tienen sus reservas para ser aplicadas al menos a seres humanos, por no contemplar los principios garantistas y democráticos de un estado de derecho, al usar la imputación de forma objetiva, y proponer una pena en función de las normas, se podría adecuar esta teoría para que pudiera ser utilizada para imputar los hechos a las empresas, y poder sancionar penalmente utilizando una metodología distinta de análisis del delito que la tradicional, donde al ser personas jurídicas las que se van a condenar, podría ser exitosa. El análisis del tema de todas maneras no es fácil, pero siempre que el derecho penal se siga preocupando y buscando alternativas para poder solventar situaciones criminales nuevas, tarde o temprano surgirá una idea que de una respuesta efectiva, al nuevo reto que le ha surgido, lo importante es usar las herramientas que tenemos y sacar provecho de ellas. Debe procurarse por todos los medios una pronta respuesta a los problemas penales de la persona jurídica con el fin de desalentar el crimen organizado y sus consecuencias.

Lamentablemente Costa Rica no cuenta con regulación para la responsabilidad de la persona jurídica, es un tema que se ha venido discutiendo, sin embargo la normativa aplicada, se limita a los delitos tradicionales y a la Ley de Enriquecimiento Ilícito, que evidentemente es totalmente insuficiente para los grados de corrupción a los que hemos llegado.

Sin embargo como propuesta me parece muy interesante lo planteado en el Código Penal Peruano, específicamente sobre la responsabilidad de la persona jurídica donde establece como penas entre algunas: Suspensión de las actividades específicas en las que se produjo el delito, por un plazo que no puede exceder de cinco (5) años; Clausura de los locales y establecimientos que se utilizaron para la realización del delito, por un plazo que no puede exceder de cinco (5) años; Prohibición de realizar en el futuro las actividades específicas, Inhabilitación para obtener subvenciones y

ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no puede exceder de quince (15) años; 6) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, sin que exceda de cinco (5) años. La intervención puede ser total o parcial, poseerá el contenido que se fije en la resolución judicial y podrá modificarse por el Órgano Jurisdiccional competente, tanto material como temporalmente, en atención a los informes que periódicamente realicen el interventor y el Ministerio Público (MP). El ejercicio de la función del interventor estará regulado reglamentariamente; y, en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito; Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no puede exceder de quince (15) años; Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime, necesario, sin que exceda de cinco (5) años. La intervención puede ser total o parcial, poseerá el contenido que se fije en la resolución judicial y podrá modificarse por el Órgano Jurisdiccional competente, tanto material como temporalmente, en atención a los informes que periódicamente realicen el interventor y el Ministerio Público (MP). (Perú, 1991)

Costa Rica debería implementar este tipo de penas y política criminal, para poner un límite a la utilización indebida de este tipo de empresas. De igual forma carecemos de la figura del COMPLIANCE, sin embargo se vuelve necesario poder contar con una propuesta para aquellas empresas que desean seguir los valores de la ética empresarial.

Para lograr esto se necesita no solo de voluntad política, sino que cada empresa en su pacto constitutivo adquiere el compromiso de vigilancia de sus trabajadores, socios y aliados para lograr una labor pura y transparente. Conlleva además un compromiso tributario y fiscal, la aplicación de normas contables y financieras de aceptación internacional.

Para Costa Rica lo más importante es comenzar una discusión sobre el tema, que todos estos golpes a la institucionalidad dejen una enseñanza y sirva no para apoyar a los delincuentes, sino más bien hacer un alto en el camino, y comenzar una Política Criminal seria, en este tipo de delitos económicos. Se hace necesario poder atacar y atribuir responsabilidad a cualquier maniobra delictiva de las autoridades jerárquicas de una empresa, en este sentido la figura del Compliance, permitiría

poder establecer los mecanismos de investigación, denuncia y responsabilidad interna y externa así como sus controles, vamos hacia un futuro donde las empresas no podrán nacer a la vida jurídica, o desplegar actividades sin antes contar con el officer compliance y que pueda ser demostrado, lo que vendría a ser un duro golpe a la corrupción, y la pérdida de los valores más importantes a nivel mundial.

La corrupción, mediante empresas es un tema serio, no es solamente económico, con lleva a la pérdida de confianza de los pueblos, que tomen en sus manos la justicia, a una crisis de identidad y esperanza y como vimos en el caso de Perú la muerte de personas.

Bibliografía

- Castellón, G. (2018). De la persona jurídica y el compliance. *Revista de Ciencias Jurídicas* Número 145, 33-64.
- Castex, F. (2018). *Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica y Compliance*. Buenos Aires, Argentina.
- Hans Joachim, H. (1999). *Derecho Penal: Obras Completas*. Santa Fe, Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Martínez, S. (2018). *Teoría del Delito y Compliance*. 91.
- Montenegro Lynett, E. (2003). *Libro homenaje a Jakobs, El funcionalismo en Derecho Penal*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Parra Aranguren, F. (2005). *Temas de Derecho Procesal*. Caracas, Venezuela: Tribunal Supremo de Justicia.
- Perú, C. d. (1991). *Código Penal*. Perú.
- Vargas, G. C. (Enero-Abril 2018). De la persona jurídica y el Compliance. *Revista de Ciencias Jurídicas* Número 145, 33-64.

España

Antonio Rodríguez Molina

Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide

I. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente nuestro Ordenamiento Jurídico Penal no ha contemplado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que por su propia naturaleza no podría realizar acciones penalmente relevantes, como comportamiento humano voluntario que se manifiesta al exterior, encaminado a un fin y que se ha de so-

meter a una valoración de su significado en el mundo exterior, valoración social, cultural o jurídica. De este modo, es la ausencia de humanidad la que originaba en la tradicional teoría general del delito, la falta de voluntariedad propia que sirviera como fundamento a la capacidad de acción, de culpabilidad o de punibilidad. En esa situación, se admitía y establecía la responsabilidad de los representantes, en el antiguo Art. 31. 1 del CP, lo que determinaba una responsabilidad solidaria de las personas jurídicas (antiguo Art. 31. 2 CP) cuando las personas físicas en su actuar en nombre y por cuenta de la persona jurídica, realizaban acciones penalmente relevantes de modo voluntario manifestadas al exterior.

Sin embargo la realidad criminológica que representaban los grandes escándalos de corrupción y financieros o de fraudes o de daños ambientales o de sobornos que afectaban a las grandes corporaciones e importantes compañías empresariales (Fidecaya, Rumasa, Tórras, Kio, Fertilizantes o Lockheed Corporation, Enron, Tyco International, etc), ocasionó que desde los años 70 se tomara conciencia, inicialmente en EEUU, de que dichas entidades por sus recursos (humanos y materiales), por la complejidad de sus estructuras organizativas y por su cultura interna del respeto al beneficio representaban uno de los principales focos de peligro respecto de la comisión de delitos, y que, precisamente a causa de esas complejas formas organizativas y estructurales, las conductas delictivas realizadas y sus graves consecuencias quedaran impunes, al no poderse identificar a ninguna persona física que reuniese todos los requisitos objetivos y subjetivos necesarios para imputarle responsabilidad penal conforme a los criterios de atribución propios de la teoría general de delito aplicable a las personas físicas.

Ello llevó a que en EEUU en 1977 se acuñara el concepto de COMPLIANCE dictando el FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT o FCPA (sobre disposiciones anti soborno y requerimientos y prohibiciones en materia de libros y registros), a los que siguieron la creación un COMITÉ encargado de la redacción de informes sobre el control interno, la gestión de riesgos empresariales y la disuasión del fraude (COMMITTEE OF SPONSORING ORGANIZATIONS OF THE TREADWAY COMMISSION o COSO I Y COSO II), culminando con la modificación del sistema judicial al instaurar regímenes legales de sentencias determinadas en los que se producía una atenuación de la pena para aquellas empresas que incorporaran “los programas de compliance o prevención de delitos”, los denominados EFFECTIVE COMPLIANCE AND ETHICS PROGRAM. Finalmente, y tras nuevos escándalos, el

gobierno de EEUU promulgo la SABANES-OX LEY ACT que afectó a la exactitud y veracidad de la información que divulguen las empresas como forma de protección de los inversores.

Tampoco pasó desapercibida esta situación en Europa, donde las mismas razones que impulsaron al legislador norteamericano, esto es, los innumerables escándalos ocasionados por las corporaciones y grandes empresas y la difuminación de la responsabilidad penal entre las personas físicas que componen la estructura empresarial, llevo a que los legisladores europeos fueran conscientes de la necesidad de responsabilizar legalmente a las personas jurídicas por hechos que produzcan un daño significativo a los bienes jurídicos más relevantes para la sociedad desde el punto de vista socioeconómico, laboral o ambiental entre otros. Esta es la línea seguida por las legislaciones de Gran Bretaña e Italia, que han tenido una influencia esencial en nuestra legislación; la primera aprobó en 2010 la Ley de Soborno BRIBERY ACT de 8 de abril de 2010 y que sirvió de modelo para el Art. 31. Bis de la L.O. 5/2010¹; mientras que la segunda dictó en 2001 el DECRETO LEGISLATIVO 231 de 8 de junio de 2001, que si bien no contiene consecuencias penales para el caso de comisión de las infracciones allí prevista, su artículo 6 es el modelo seguido por nuestro legislador en el artículo 31.bis CP tras la L.O.1/2015. Pero no fueron sólo los países quienes de manera individual optaron por la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que la Unión Europea mediante diversas resoluciones indicó a los Estados Miembros la necesidad de regular legislativamente estos supuestos².

Esta preocupación internacional en relación con la regulación de una responsabilidad penal de la persona jurídica, tampoco escapó a la intervención de nuestro legislador, y así la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, introdujo el artículo 31 bis en nuestro código penal, por el que se atribuyó responsabilidad penal en las personas jurídicas, pasando a poder ser sujetos de imputación en los procesos penales y potencialmente destinatarias de penas³. Se estableció, pues, un sistema de responsabilidad directa e independiente de las personas jurídicas, aunque derivada de las acciones de las personas físicas. En relación con esta reforma, la Fiscalía General del Estado, en su Circular 1/2011 relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo art. 31 bis del CP, consideró que el legislador dibujaba un sistema de heterorresponsabilidad penal o responsabilidad de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las

personas físicas a las que el precepto se refiere⁴. Fijaba que se trataba de una responsabilidad que si bien no es independiente, si es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la persona física.

En conclusión, para la Fiscalía General del Estado, la norma del art. 31.bis CP. no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos de las personas jurídicas, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas (gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial) establece un vínculo normativo a resultados del cual la persona jurídica será penalmente responsable de dichas infracciones. Se establece pues una concepción de responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencias, según la cual algunas personas físicas, en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquellas y la corporación debe responder por ellos. Considera a este respecto que el delito de la persona jurídica debería ser consecuencia del funcionamiento defectuoso o de la mala organización de la misma, cuestión que, sin embargo, no encuentra apoyo legislativo en el regulación del art. 31 bis CP tras la reforma del 2010, concepción de culpabilidad corporativa que ni si quiera se contempla como circunstancia atenuante cuando fuera adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito. Por último, sigue estableciendo la Circular 1/2011 de la FGE, que la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o compliance guide, sólo serán relevantes en la medida en que traduzcan una conducta ilícita cuando los gestores actúan en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

II. LA REFORMA DE 2015: EL MODELO DE ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN

Las carencias y dificultades derivadas de la responsabilidad penal de la persona jurídica introducida por la reforma del 2010, llevó al legislador español, entre otras razones, a promulgar la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo, en la que procedió a reordenar y ampliar la responsabilidad penal de la persona jurídica, realizando una profunda transformación en el artículo 31 bis CP que abarca tanto a los criterios de transferencia de la responsabilidad de las personas jurídicas y de las

personas físicas responsables, como a la introducción de un modelo de organización y gestión como presupuesto básico de la responsabilidad de la persona jurídica⁵.

El aspecto más importante de la reforma, ya se pone de relieve en el Preámbulo III de la L.O. 1/2015 de 30 de marzo, donde se afirma que “la reforma lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ..., con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del debido control, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal”. De este modo, parece ponerse fin a las dificultades interpretativas que se planteaban respecto de la anterior regulación, al ser esta concebida, tal como señalamos, como un régimen de responsabilidad vicarial. Termina afirmándose en ese Preámbulo que “el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, ..., a las dimensiones de la persona jurídica”.

De este modo, en el momento actual, el artículo 31 bis CP determina la responsabilidad penal de la persona jurídica sobre la base de diversos presupuestos:

- El presupuesto básico para establecer la responsabilidad penal de la persona jurídica viene configurado por la necesidad de la actuación de determinadas personas físicas que se encuentren en el seno de la organización o bajo su estructura empresarial y productiva.
- La persona jurídica será responsable penalmente por la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad para la persona jurídica en cuyo seno se comete, esto es, la responsabilidad penal de la persona jurídica debe establecerse expresamente respecto del delito concreto.
- La actuación de esas determinadas personas físicas ha de realizarse en nombre o por cuenta de las personas jurídicas y en su beneficio directo o indirecto⁶.
- La responsabilidad de la persona jurídica se deriva de su propia actuación (o falta de ella), esto es, por el hecho propio de la ausencia, ineficacia o incorrecta aplicación de medidas de control adecuadas (STS 154/2016 de 29 de febrero)⁷.
- Se establece la implantación en la persona jurídica de una cultura de respeto al derecho mediante los denominados “compliance program”, modelos de organización y gestión encaminados a prevenir y detectar delitos en el seno de la persona jurídica, exigencia enumerada en el artículo 31. bis 2 a 5 CP, que daría lugar a la exención de responsabilidad.

En definitiva, tras la LO 1/2015 nuestro legislador fundamenta la responsabilidad penal de la persona jurídica en la (in)existencia de un concreto modelo de organización y gestión tal como señala la STS de 29 de febrero de 2016, “en la culpabilidad de la organización y en la ausencia de una cultura de respeto al derecho”, con ello determina que el núcleo de la responsabilidad penal de la persona jurídica se encuentra en la ausencia de medidas de control adecuada, la ausencia del Compliance Program o modelo de organización y gestión⁸, que se configura como presupuesto esencial para la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, de manera que su existencia y correcta aplicación conllevaría la exención de responsabilidad (art. 31 bis 2 a 4 CP).

Para que se dichos Modelos de organización y gestión se consideren idóneos y adecuados para prevenir la comisión de delitos y, consecuentemente, eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica deben reunir una serie de requisitos que se encuentran regulados en el artículo 31 bis 5 CP, y serían los siguientes:

- 1º Identificar las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.
- 2º Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos.
- 3º Disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.
- 4º Imponer la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.
- 5º Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establece el modelo.
- 6º Realizar una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se ponga de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en las estructuras de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.

III. CRIMINAL COMPLIANCE EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Tal como hemos expuesto, el fundamento de la responsabilidad, o mejor dicho, de la exención de la res-

ponsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia o no de un modelo y programa de control que se haya adoptado y aplicado de manera eficaz en orden a la prevención de la posible comisión de delitos por la estructura empresarial⁹, pero no sólo en la implantación, sino también su aplicación y ejecución, así como todas las condiciones exigidas en el precepto¹⁰. Se trata, por tanto, de la implantación de lo que se conoce como Criminal Compliance.

1. Concepto de *Criminal Compliance*

En nuestra opinión, podemos definir el criminal compliance como el autocontrol para el cumplimiento normativo penal mediante la implantación en la propia estructura piramidal de la empresa (vertical y horizontal) de una cultura de respeto al Derecho¹¹, por medio de unos modelos de organización y gestión eficaces e idóneos que puedan servir para prevenir o mitigar el riesgo de que determinadas personas físicas, en nombre o en el ejercicio de actividades sociales (directivos o empleados) y por cuenta y beneficio de la persona jurídica cometan un delito de los que expresamente tienen prevista la responsabilidad penal de estas organizaciones.

Ahora bien, dichos modelos de organización y gestión deben tener un contenido real y que se aplique, es decir deben ser implantados y ejecutados de forma que no sean un mero maquillaje que exterioriza una voluntad irreal de prevenir delitos dentro de la empresa (papers compliance)¹². Al mismo tiempo, deben ser adecuados para la persona jurídica conforme a su objeto social y tamaño y estar dotados, financiera y humanamente, para vigilar y controlar su cumplimiento y evolucionar con la persona jurídica en paralelo a su crecimiento o negocios, esto es, para ser aplicados de manera efectiva.

Sobre esta base, nuestra legislación ha establecido un régimen jurídico de los modelos de organización y gestión, compliance program, fijando los requisitos que deben reunir para que puedan considerarse idóneos y adecuados para prevenir o mitigar el riesgo de comisión de un delito y eximir o atenuar la responsabilidad penal de la persona jurídica.

2. Requisitos del *Criminal Compliance*

Tal como señalamos, el art. 31 bis 5 CP señala unos requisitos que deben contener todos los modelos de organización y gestión implantados en una persona jurídica, para que estos sean adecuados e idóneos para la prevención de las conductas delictivas y, consecuen-

temente, fundamenten la exención de responsabilidad penal de la. En nuestra opinión, estos requisitos o condiciones que fija nuestro Código Penal para aceptar la adecuación del modelo de organización y gestión lo podemos agrupar en voluntarios o de autocontrol y obligatorios.

2.1. *Requisitos voluntarios de un mapa de riesgos penales: apartados 1, 2 y 3 del Art. 31 bis 5 del CP*

A fin de establecer un modelo de autocontrol la primera actuación que debe realizar la corporación o persona jurídica es identificar, de entre aquellos delitos que el Código Penal articula la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuales en concreto podrían realizarse en el seno de su organización y qué persona o personas físicas podrán ser sujetos activos o partícipes¹³. Es decir, debe determinar lo que constituye el mapa de riesgos en relación con la actuación de la empresa. Para ello deberá realizar una evaluación o previsión del riesgo delictivo de su corporación que atienda a las concretas particularidades¹⁴ de su dimensión, estructura y organización, la actividad empresarial a la que se dedica u objeto social, los sistemas de producción, fabricación y comercialización, los clientes, sistemas de captación y ventas, proveedores y sistemas de contratación, etc., siendo este, como afirma GALÁN MUÑOZ “algo que resulta fundamental para poder adoptar posteriormente los protocolos y medidas de vigilancia y control que reduzcan significativamente los riesgos delictivos detectados...”¹⁵.

En conclusión deberán seguirse cuatro grandes fases: identificación, cuantificación, control y comunicación de los riesgos¹⁶; para ello, se pueden tener en consideración diversos aspectos, la cualificación o preparación de los empleados y altos ejecutivos, la complejidad de las actividades, las experiencias que se conozcan de otras empresas del sector o relacionadas con su objeto social¹⁷.

En segundo lugar se deben establecer protocolos o procedimientos que fijen quiénes, cómo y de qué manera se preparará, discutirá y tomarán las decisiones que afectan a los delitos que se han de prevenir y cómo se han de poner en práctica. Esto es, el establecimiento de protocolos de actuación y procedimientos que concretan el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas.

De este modo, el mapa de riesgos también deberá prevenir que las tomas de decisiones de la persona jurídica no sean en sí un incremento del riesgo que se trata

de evitar. Para ello contemplará el organigrama de la corporación (estructura piramidal de arriba a abajo y horizontal a distintos niveles), las competencias y actuaciones de las personas físicas que puedan realizar conductas delictivas, y las reglas políticas y procedimentales de la entidad. Todo ello permitiría diferenciar y determinar qué decisiones serán propias de la corporación y cuáles serán personales de los individuos. Con ello el mapa de riesgos identificaría qué actuaciones se realizan por cuenta o en nombre de la persona jurídica, al llevarse a cabo respetando los procedimientos y las competencias establecidas por la corporación en sus estatutos internos.

En tercer lugar el mapa de riesgos ha de contemplar el control de los recursos patrimoniales y financieros que puedan ser empleados para ejecutar delitos que la entidad trata de prevenir y dotar a los órganos encargados de la prevención de suficientes recursos para desarrollar su labor de control y vigilancia¹⁸.

El cumplimiento de los requisitos y condiciones expuestas, relativas al sistema o deber de prevención, conlleva que la actuación de la persona jurídica se encuentre dentro de lo generalmente aceptado¹⁹ o del riesgo permitido, mediante mecanismos de auto control organizativo, procedimental y financieros adecuados al tamaño, negocio, organización o mercado en el que actúa.

2.2. Requisitos obligatorios de un debido control o diligencia debida para con el mapa de riesgo implantado: apartados 4, 5 y 6 del Art. 31 bis del CP.

El apartado cuarto del art. 31 bis CP establece la “obligación” de informar sobre nuevos riesgos no contemplados en nuestro modelo de organización y gestión o de los riesgos de incumplimiento o de los incumplimientos de aquel. De este modo, se trataría de establecer unos canales de información adecuados y confidenciales, que vía denuncias, procedimientos de investigación o protocolos de comunicación, etc., permitan el acceso al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención, su implantación, su evolución o sus defectos o lagunas.

Esta obligación sería difícil de cumplir en el seno de grandes corporaciones al estructurarse por medio de compartimentos estancos, en los que la información fluye de abajo hacia arriba pero no al revés, dado que los niveles de conocimiento y capacidad de decisiones varían en función del escalón en el que nos encontremos dentro de la estructura piramidal.

Precisamente esa estructura y el control que puedan ejercer los superiores de cada compartimento, hace que, como dice la Circular 1/2016, de 22 de enero de la FGE, en garantía y prevención de la confidencialidad de las denuncias y en evitación del riesgo de represalias, la corporación establezca una regulación protectora específica para aquellas personas físicas que cumplan con su obligación de informar sobre los riesgos contemplados o no en el modelo de organización y gestión o del incumplimiento de éste.

En segundo lugar y en íntima conexión con lo anterior, la corporación o la persona jurídica deberá establecer un sistema disciplinario sancionador del incumplimiento de las medidas preventivas fijadas por el modelo de organización y gestión. Ello va a implicar que dicho sistema tenga que ser conocido por todos los integrantes de la corporación, que han recibido la correspondiente formación de carácter obligatorio para cumplir con sus funciones dentro del marco fijado por el modelo organización y gestión. Para ello será necesario la creación de códigos de conductas que determinen claramente la obligación de información, a quien, de que, como y donde deben realizarlo los empleados y las consecuencias disciplinarias de su incumplimiento.

Se obliga a la corporación o a la persona jurídica a que dicho sistema de sanciones disciplinarias esté aceptado y pactado conforme a la normativa laboral, con los representantes sindicales de la empresa, facilitando su participación tanto en la conceptualización de la obligación de informar como en el régimen sancionador interno a aplicar conforme a su incumplimiento y ello con respeto al Estatuto de los Trabajadores, normas de protección de datos y el respeto a la privacidad²⁰, y dentro del marco de un procedimiento sancionador con todas las garantías constitucionales²¹.

En tercer lugar se establece la obligación temporal de verificación del modelo y de su eventual modificación, confiriéndole un carácter activo, mutante y evolutivo en el tiempo paralelo a la forma de evolucionar de la persona jurídica o corporación. Dicha obligación no ha establecido un período mínimo de vigencia y verificación del modelo, con lo cual el legislador lo ha dejado al arbitrio de la persona jurídica, en función de sus características, medios y evolución de esta; pero, sin embargo, si establece la obligación de su modificación cuando se produzcan infracciones “relevantes” de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, estructura de control o en la actividad desarrollada persona jurídica.

Ello parece lógico puesto que la no modificación pondría en evidencia que el mapa de riesgo creado ex

ante ha quedado superado por las infracciones sufridas o que los procedimientos o protocolos que fijan quiénes, cómo y de qué manera pueden provocar la comisión de un delito, se han visto modificados, bien por alteraciones de la estructura social o bien por cambios en la actividad empresarial. Es decir el crecimiento o variación en la estructura o actividad de la empresa o persona jurídica va a implicar que el modelo de organización y gestión quede obsoleto o sea ineficaz o que el órgano encargado de su vigilancia y control esté superado por la nueva estructura de la corporación.

En conclusión, el cumplimiento de estos requisitos hace que los programas de cumplimiento o Compliance Programs puedan ser considerados como adecuados y mantener la actividad de la persona jurídica que lo implementa dentro del ámbito de lo generalmente permitido, es decir, esta herramienta permite a la persona jurídica protegerse frente a la posible responsabilidad penal por delitos que habrían cometido personas físicas, al incluir medidas de vigilancia, control y sanción idóneas para prevenir o reducir de manera significativa el riesgo de comisión de delitos de la misma naturaleza.

En definitiva, todos los requisitos establecidos en nuestro Código penal ponen en evidencia el modo o la forma en que la persona jurídica debe cumplir con su deber de control y vigilancia de las personas integradas en su actividad mercantil y social a fin de mantenerlas dentro del ámbito del riesgo permitido. Este deber de control y vigilancia pasa a ser un deber objetivo en la forma de gestionar y realizar las actividades del objeto social de la persona jurídica, consolidándose como un elemento del buen gobierno corporativo, que le permita permanecer exenta de cualquier responsabilidad por hechos cometidos por diferentes miembros de su organización.

Bibliografía

- BAJO FERNÁNDEZ, “Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español”, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ JARA DÍEZ, Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas, Navarra, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, Memento Práctico Francis Lefebvre Penal, Editorial Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016.
- FERRÉ OLIVÉ, “Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética de la empresa”, Revista Penal, n.º 44, julio 2019.
- GALÁN MUÑOZ, Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 1/2015, Valencia, 2017.
- GALÁN MUÑOZ, “Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras”, en Compliance y prevención de delitos de corrupción, MALLÍN EVANGELIO (direct.), Valencia 2018.
- GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO/MARTÍNEZ GONZÁLEZ/NÚÑEZ CASTAÑO, Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte General, 4ª ed., Tecnos, 2019.
- KUHLEN, “Compliance y Derecho penal en Alemania”, en Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (direct.), Bdf-Edisofer, Buenos Aires, 2014.
- KUHLEN, “Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal”, en Compliance y teoría del Derecho penal, KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (edit.), Madrid, 2013, p. 51; AROCENA, “Acerca del denominado Criminal Compliance”, en Revista Crítica Penal y Poder, n.º 13, Octubre 2017.
- NIETO MARTÍN, Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Valencia, 2015
- QUINTERO OLIVARES, “Art. 31 quinquies”, en Comentarios al Código Penal Español, tomo I, 7ª ed., QUINTERO OLIVARES (direct.), MORALES PRATS (coord.), Aranzadi, 2016.
- SANTANA VEGA, “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (Bribery Act 2010)”, en Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología, RECPC 17-15 (2015).

Notas

1 Sobre la *Bribery Act*, vid. SANTANA VEGA, “El delito corporativo de incumplimiento en la prevención de sobornos (*Bribery Act* 2010)”, en *Revista electrónica de Ciencia Penal y criminología*, RECPC 17-15 (2015).

2 Así, las Decisiones Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero, sobre ataques a sistemas informáticos, 2003/757/JAI, de 25 de octubre, relativa al tráfico de drogas o 2002/629/JAI, de 19 de julio, sobre trata de seres humanos, entre otras muchas

3 Ello implica, entre otras reformas, la supresión del párrafo 2º del artículo 31 del CP y una pormenorizada regularización de la responsabilidad penal de la persona jurídica, conforme se manifiesta en el apartado IV del preámbulo de la Ley.

4 Sobre los problemas relativos a la interpretación del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica del artículo 31 bis tras la reforma del 2010, vid. GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Valencia 2017, pp. 34 y ss.

5 GÓMEZ RIVERO, en GÓMEZ RIVERO/MARTÍNEZ GONZÁLEZ/NÚÑEZ CASTAÑO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte General*, 4ª ed., Tecnos, 2019, p. 374.

6 Señala la Circular de la FGE 1/2016, de 22 de enero, que ello determina la aplicación del ámbito típico al permitir incluir cualquier tipo de beneficio como podrían ser el ahorro de costes o las ganancias obtenidas a través de terceros interpuestos, como los supuestos de cadenas de sociedades.

7 De este modo, tal como se afirma en la Circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, ello determina la eliminación de los supuestos de responsabilidad objetiva, excluyendo la responsabilidad de la persona jurídica en aquellos casos en los que las personas físicas actúan al margen de aquella, pero aprovechándose de su estructura, así como aquellas conductas que no sean adecuadas para reportar algún beneficio a la entidad.

8 GÓMEZ RIVERO, *ibidem*.

9 KUHLEN, "Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho Penal", en *Compliance y teoría del Derecho penal*, KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA (edit.), Madrid, 2013, p. 51; AROCENA, "Acerca del denominado *Criminal Compliance*", en *Revista Crítica Penal y Poder*, nº 13, Octubre 2017, p. 129; FERRÉ OLIVÉ, "Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética de la empresa", *Revista Penal*, nº 42, enero 2019

10 GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 129

11 BAJO FERNÁNDEZ, "Vigencia de la RPPJ en el derecho sancionador español", en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2012, p. 40

12 FERRÉ OLIVÉ, "Reflexiones en torno al compliance penal y a la ética de la empresa", cit., quien hace referencia a los supuestos de mera apariencia de compliance poniendo como ejemplo el caso Enron, donde se contaba con un programa de cumplimiento que cumplía formalmente todos los requisitos establecidos por las *Federal Sentencing Guidelines*..

13 Señala NIETO MARTÍN, *Manual de cumplimiento normativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Valencia, 2015, p. 154 que "el análisis del riesgo ha de ser concreto, refiriéndose no solo a la concreta actividad realizada por la empresa, sino a cómo la realiza".

14 Así, señala DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Práctico Francis Lefebvre Penal*, Editorial Lefebvre-El Derecho, Madrid, 2016, § 3127.2, que no todas las empresas demuestran los mismos riesgos de infracción y, consecuentemente, no han de adoptar las mismas pautas de prevención.

15 GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., p. 133.

16 GÓMEZ RIVERO, *Nociones fundamentales de Derecho Penal, parte general*, cit., pp. 376 y 377.

17 QUINTERO OLIVARES, "Art. 31 *quinquies*", en *Comentarios al Código Penal Español*, tomo I, 7ª ed., QUINTERO OLIVARES (direct.), MORALES PRATS (coord.), Aranzadi, 2016, p. 400.

18 GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., pp. 134 y 135; el mismo, "Compliance penal ante la corrupción: luces y sombras", en *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, MATA LLÍN EVANGELIO (direct.), Valencia 2018, p. 70.

19 GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., p. 218.

20 En el mismo sentido, GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de la persona jurídica*, cit., p. 145; DOPICO GÓMEZ-ALLER, *Memento Práctico*, cit., § 3127.3.

21 KUHLEN, "Compliance y Derecho penal en Alemania", en *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, MIR PUIG/CORCOY BIDASOLO/GÓMEZ MARTÍN (direct.), Bdf-Edisofer, Buenos Aires, 2014, p. 106.

Italia

Luigi Foffani

Universidad de Módena y Reggio Emilia

El llamado "Criminal Compliance" está detalladamente normativizado en Italia como elemento fundamental y central de la Ley sobre la responsabilidad ex crimine de la persona jurídica (Decreto legislativo de 8 de junio 2001, Nr. 231). El D.lgs. 231/2001 ha dado actuación en Italia a las primeras iniciativas europeas e internacionales (Convenio europeo sobre la protección de los intereses financieros UE, Convenios contra la corrupción) que impulsaban una responsabilización de las personas jurídicas en relaciones a la comisión de hechos delictivos por parte de personas físicas vinculadas en diversas formas a la persona jurídica.

El legislador italiano —conforme al modelo europeo que (a partir del II Protocolo del Convenio PIF de 1997) deja manos libres a los ordenamientos nacionales a la hora de establecer la naturaleza de la responsabilidad y de las relativas sanciones— habla formalmente de responsabilidad administrativa y sanciones administrativas (art. 1 D.lgs. 231/2001), como posible consecuencia de la comisión —por parte de un directivo de la persona jurídica o de un simple dependiente— de un hecho delictivo perteneciente a un "numerus clausus" de delitos presupuestos (principio de legalidad: art. 2 D.lgs. 231/2001).

Este "numerus clausus" era en principio —en la versión originaria del D.Lgs. 231— muy restringido (delitos de corrupción y de fraude de subvenciones), para luego extenderse paulatinamente e inesorablemente a una gama cada día más amplia de delitos presupuestos, en consecuencia de la progresiva implementación en Italia de iniciativas de política criminal europea que pretenden una responsabilidad de personas jurídicas en relación a siempre nuevas figuras delictivas.

Tampoco parece acertada la referencia legislativa a la naturaleza administrativa de la responsabilidad y de las sanciones. En realidad la opinión mayoritaria en doctrina y jurisprudencia se mueve hoy en la dirección de reconocer una naturaleza sustancialmente penal de esta nueva forma de responsabilidad, que acaba con la secular tradición del "societas delinquere non potest".

Las sanciones a las personas jurídicas son básicamente aquellas incluidas en el modelo europeo: la multa en primer lugar como sanción de carácter general y en segundo lugar sanciones interdictivas que pueden aplicarse en casos de especial gravedad previstos por la ley.

Destinatarios de este nuevo régimen de responsabilidad son no solo las personas jurídicas en sentido estricto, sino también sociedades y asociaciones sin personalidad jurídica. Solo quedan exentes de responsabilidad el Estado, las Administraciones públicas territoriales, las otras entidades públicas no económicas y las entidades que desempeñan funciones de relevancia constitucional (art. 1 D.lgs. 231/2001). Esta última referencia se interpreta en el sentido de excluir una potencial responsabilidad a cargo de partidos políticos y sindicatos, expresamente mencionados por la Constitución italiana.

La persona jurídica (ou otra entidad colectiva) puede responder del delito en cuanto la persona física haya cometido el hecho delictivo “en provecho” de la persona jurídica: provecho que tiene que ser apreciado según una perspectiva hipotética *ex ante* (art. 5 D.lgs. 231/2001). Este es el primer criterio de imputación del delito a la persona jurídica. El segundo y más importante criterio de imputación es fundado sobre la figura del llamado “criminal compliance” o “compliance program” (“programa de cumplimiento”): la empresa tiene que adoptar un “modelo de organización y gestión” en función de prevención de los delitos presupuestos que puedan realizarse en el marco de la organización y de la actividad de la persona jurídica.

Contenido y función del modelo de organización están tipificados en los art. 6 y 7 D.lgs. 231/2001: en el caso en el cual se realice un delito potencialmente presupuesto de responsabilidad de la persona jurídica, esta queda exente de responsabilidad si y en cuanto (art. 6):

a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, un modelo de organización y gestión idóneo para prevenir delitos de la misma naturaleza de aquel que se ha concretamente verificado;

b) la supervisión del funcionamiento, del cumplimiento y de la verificación periódica de la idoneidad del modelo de organización ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control (órgano de vigilancia);

c) las personas físicas han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión;

d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia por parte del órgano al cual se refiere la letra b).

Los modelos de organización y gestión tienen que responder a las siguientes exigencias (art. 7):

a) identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos;

b) establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas en relación a los delitos que deben ser prevenidos;

c) disponer de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos;

d) imponer la obligación de informar al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de organización;

e) establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo;

f) introducir canales de denuncia reservada de conductas delictivas o de infracciones al modelo de organización (whistleblowing), con previsión de medidas de protección del denunciante y prohibición de actos discriminatorios (incluido el despido) o de venganza contra el mismo.

Los modelos de organización y gestión pueden ser adoptados sobre la base de códigos de conducta redactados por asociaciones representativas de las personas jurídicas y comunicados al Ministerio de Justicia que —de acuerdo con los Ministerios competentes— puede formular, en el plazo de 30 días, observaciones sobre la idoneidad de los modelos para prevenir delitos (art. 7.3 D.lgs. 231/2001). Este procedimiento pero no comporta una validación preventiva de la idoneidad del modelo de organización y gestión: esta evaluación compete solo al juez en el procedimiento penal, una vez que se haya realizado un delito potencialmente presupuesto de responsabilidad de la persona jurídica; y esta evaluación solo tendrá referencia a la idoneidad a prevenir delitos de la misma especie de aquel que se ha concretamente realizado.

En las entidades colectivas de pequeñas dimensiones las funciones propias del organismo de vigilancia podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración (art. 6.4 D.lgs. 231/2001). En las sociedades de capital las mismas funciones podrán ser asumidas por el órgano interno de control previsto por la Ley (Código Civil) y los estatutos sociales (art. 6.4-bis D.lgs. 231/2001).

La Ley italiana ha declaradamente inspirado el legislador español a la hora de introducir en el Código Penal —con las reformas de 2010 y 2015— la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La regulación de los compliance del art. 31 bis ss. CP esp. sigue la misma línea de la regulación italiana, con la única importante diferencia del régimen de la carga de la prueba. A diferencia que en España el legislador italiano ha previsto una inversión del onus probandi a cargo de la persona jurídica cada vez que el autor individual del delito (o uno de los autores) sea un alto cargo de la persona jurídica con funciones de representancia, administración, dirección o control de la misma (sujetos en posición “apical”: art. 6 D.lgs. 231/2001).

A pesar de esta rigurosa regulación procesal, se suele decir en Italia que con la introducción de los modelos de organización y gestión en función de prevención de los delitos (los llamados “criminal compliance”) se ha tipificado una forma de “culpabilidad de la organización”: a la persona jurídica se aplica la sanción (formalmente administrativa, pero de naturaleza más bien penal) solo si y en cuanto la falta de tempestiva adopción (o la inadecuada implementación) de los modelos de organización revela un defecto organizativo (una “culpabilidad”) de la persona jurídica.

Bibliografía

- C. DE MAGLIE, *L'etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, Giuffrè, 2002
- G. DE SIMONE, *Persone giuridiche e responsabilità da reato. Profili storici, dogmatici e comparatistici*, Pisa, ETS, 2012
- G. DE VERO, *La responsabilità penale delle persone giuridiche*, Milano, Giuffrè, 2008
- G. LATTANZI (ed.), *Reati e responsabilità degli enti. Guida al d. lgs. 8 giugno 2001, n. 231, 2ª ed.*, Milano, Giuffrè, 2010.
- V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, Giappichelli, 2018.
- M. PELISSERO, *La responsabilità degli enti*, en F. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Leggi complementari*, vol. II, 14ª ed., coord. C.F. Grosso, Milano, Giuffrè, 2018, p. 741 ss.
- C. PIERGALLINI, *Premialità e non punibilità nel sistema della responsabilità degli enti*, en *Diritto penale e processo*, 4/2018, p. 530 ss.
- M. SCOLETTA, *La responsabilità da reato delle società: principi generali e criteri imputativi nel d.lgs. n. 231/2001*, en G. Canzio, L.D. Cerqua, L. Luparia

(ed.), *Diritto penale delle società*, vol. I, Padova, Cedam, 2014, p. 861 ss.

- S. SEMINARA/A. ALESSANDRI, *Diritto penale commerciale*, vol. I, I principi generali, Torino, Giappichelli, 2018, p. 87 ss.

México

Manuel Vidaurri Aréchiga

Universidad De La Salle Bajío (México)

mvidaurri@delasalle.edu.mx

El Diario Oficial de la Federación del 5 de marzo del 2014, contiene el Código Nacional de Procedimientos Penales —CNPP—, en cuyo Título X, dedicado a los Procedimientos Especiales, se contemplan tres capítulos, dedicados respectivamente a los Pueblos y Comunidades Indígenas, Procedimiento para personas Jurídicas y Acción Penal Particular.

En lo concerniente al apartado relativo a las personas jurídicas, donde ya se consideran algunos elementos orientadores propios de los denominados programas de cumplimiento (criminal compliance programs, por su denominación en inglés). En el contexto mexicano ya no se discute la vigencia del añejo principio *societas delinquere non potest*; impera, por otro lado, la preocupación y creciente interés porque las organizaciones económicas (empresas) asuman la responsabilidad penal que les concierne, derivada de aquellas conductas delictivas que sean cometidas en su beneficio o provecho.

Cabe aclarar que, aparte del Código Penal Federal y muchos otros cuerpos legales de las entidades federativas, establecían consecuencias jurídicas para las personas morales, cuyos miembros o representantes legales hubieran actuado delictivamente. Un ejemplo: el Código Penal del estado Libre y Soberano de Guanajuato de 1978, determinaba en sus capítulos noveno y décimo la Suspensión y extinción de personas jurídicas colectivas (art. 83); la Extinción de la persona jurídica colectiva (art. 84) y la Intervención a las personas jurídicas colectivas (art. 85). Con la derogación del referido código y la promulgación de uno nuevo, con entrada en vigor en el año 2002, el Título Tercero, De las consecuencias jurídicas del delito, determina en su Capítulo XII las consecuencias para las Personas Jurídicas Colectivas, indicando que (art. 93): “Si un delito se comete con la intervención o en beneficio de una persona jurídica colectiva privada o que se ostente como tal, el juez o el tribunal con audiencia del representante legal de la

misma, podrán imponer las medidas previstas en este Capítulo cuando lo estime necesario, sin perjuicio de la responsabilidad individual por el delito cometido”; y por lo que respecta a las sanciones, según su artículo 94, podrían imponerse mediante sentencia a las personas jurídicas colectivas privadas o que se ostenten como tales cualquiera de las siguientes consecuencias jurídicas: I. Prohibición de realizar determinadas operaciones. II. Intervención. III. Suspensión y IV. Extinción.

Los Códigos penal federal y los de las entidades federativas de la república mexicana han experimentado una serie de reformas, modificaciones y adiciones que, con base en las fijadas en el CNPP, contribuyen al establecimiento de programas de cumplimiento normativo (compliance). Así, el artículo 421 del CNPP, indica en su primer párrafo literalmente que “Las personas jurídicas serán penalmente responsables, de los delitos cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios que ellas proporcionen, cuando se haya determinado que además existió inobservancia del debido control en su organización. Lo anterior con independencia de la responsabilidad penal en que puedan incurrir sus representantes o administradores de hecho o de derecho”. Dos elementos destacan en este primer párrafo: por un lado, que los delitos atribuidos a la persona jurídica colectiva hayan sido cometidos a su nombre, por su cuenta, en su beneficio o a través de los medios proporcionados por esta; y, por otro lado, se hace referencia al elemento inobservancia del debido control en la organización. De la interpretación de ambos aspectos —especialmente del segundo— es que surgen los argumentos que sustentan la necesidad o conveniencia de dotar a la empresa de medidas de compliance, además de que justo este elemento se constituye en la piedra de toque de esquema de responsabilidad penal de la empresa.

En los tres párrafos siguientes del citado art. 421, se aclara que el Ministerio Público podrá ejercer la acción penal en contra de las personas jurídicas con excepción de las instituciones estatales, independientemente de la acción penal que pudiera ejercer contra las personas físicas involucradas en el delito cometido.; se advierte que no se extinguirá la responsabilidad penal de las personas jurídicas cuando se transformen, fusionen, absorban o escindan. En estos casos, el traslado de la pena podrá graduarse atendiendo a la relación que se guarde con la persona jurídica originariamente responsable del delito. Y, además, se precisa que la responsabilidad penal de la persona jurídica tampoco se extinguirá mediante su disolución aparente, cuando continúe su acti-

vidad económica y se mantenga la identidad sustancial de sus clientes, proveedores, empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.

Por lo que hace a las causas de exclusión del delito o de extinción de la acción penal que pudieran concurrir en alguna de las personas físicas involucradas, el penúltimo párrafo del artículo señalado, es puntual al señalar que “no afectará el procedimiento contra las personas jurídicas, salvo en los casos en que la persona física y la persona jurídica hayan cometido o participado en los mismos hechos y estos no hayan sido considerados como aquellos que la ley señala como delito, por una resolución judicial previa”, y tampoco podrá afectar el procedimiento el hecho de que alguna persona física involucrada se sustraiga de la acción de la justicia.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas serán únicamente por la comisión de los delitos previstos en el catálogo dispuesto en la legislación penal de la federación y de las entidades federativas. Tratándose únicamente de los delitos del fuero federal, el listado es amplio, a saber: Los delitos que pueden atribuirse a las personas jurídicas, contenidos en el Código Penal Federal, son los siguientes: Terrorismo (art. 139 al 139 Ter) y Terrorismo internacional (art. 148 Bis al 148 Quáter); Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo (art. 172 Bis); Contra la salud (art. 194 y 195 párrafo primero); Corrupción de personas menores de 18 años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad de resistirlo (art. 201); Tráfico de influencia (art. 221); Cohecho (art. 222, fracción II y 222 Bis); Falsificación y alteración de moneda (art. 234, 236 y 237); Contra el consumo y riqueza nacionales (art. 254); Tráfico de menores o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho (art. 366 Ter); Comercialización habitual de objetos robados (art. 368 Ter); Robo de vehículos (art. 376 Bis y Posesión, Comercio, Tráfico de vehículos robados y demás comportamientos previstos en el art. 377); Fraude (art. 388); Encubrimiento (art. 400); Operaciones con recursos de procedencia ilícita (art. 400 Bis); Contra el ambiente (art. 414, 415, 416, 418, 419 y 420); En materia de derechos de autor (art. 424 Bis). Este inmenso catálogo de tipos penales deja fuera, sorprendentemente, los delitos contra la vida y a integridad corporal, pero sí contempla el tráfico de órganos, conducta que si no priva de la vida, al menos lesiona a la persona.

Además, se incluyen las conductas tipificadas en la Ley federal de Armas de Fuego y Explosivos (Acopio y tráfico de armas, art. 83 Bis y 84; Introducción clandestina

tina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, art. 84 Bis); Ley de Migración (Tráfico de personas, art. 159); Ley General de Salud (Tráfico de órganos, art. 461, 462 y 462 Bis); Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos delitos (Trata de personas, art. 10 al 30); Ley General para Prevenir y sancionar los Delitos en Materia de Secuestro (art. 9, 10, 11 y 15); Código Fiscal de la Federación (Contrabando y equiparable, art. 108 y 109); Ley de la propiedad Intelectual (delitos previstos en el art. 223); Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito (art. 96, 97, 98, 99, 100 y 101); Ley del Mercado de Valores (art. 373, 374, 375, 376, 381, 382, 383 y 385); Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro (art. 103 y 104, 105, 106 y 107 Bis 1); Ley de los Fondos de Inversión (art. 88 y 90); Ley de Uniones de Crédito (art. 121, 122, 125, 126 y 128); Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (art. 110, 111, 112, 114 y 116); Ley del Ahorro y Crédito Popular (art. 136 Bis, 137, 138, 140 y 142); Ley de Concursos Mercantiles (art. 117 y 271); Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de desvío para la fabricación de Armas Químicas (art. 49); Ley Federal para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Hidrocarburos (art. 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18 y 19).

Un punto de capital importancia esta relacionado con el vigente esquema de consecuencias jurídicas, precisado en el art. 422 del CNPP; ahí se pone que, a las personas jurídicas, con personalidad jurídica propia, se les podrá aplicar una o varias de las siguientes sanciones: I. Sanción pecuniaria o multa; II. Decomiso de instrumentos, objetos o productos del delito; III. Publicación de la sentencia; IV. Disolución, o V. Las demás que expresamente determinen las leyes penales conforme a los principios establecidos en el presente artículo. Y para los efectos de la individualización de las sanciones anteriores, el Órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración lo establecido en el artículo 410 de este ordenamiento y el grado de culpabilidad correspondiente de conformidad con los aspectos siguientes: a) La magnitud de la inobservancia del debido control en su organización y la exigibilidad de conducirse conforme a la norma; b) El monto de dinero involucrado en la comisión del hecho delictivo, en su caso; c) La naturaleza jurídica y el volumen de negocios anual de la persona moral; d) El puesto que ocupaban, en la estructura de la persona jurídica, la persona o las personas físicas involucradas en la comisión del delito; e) El

grado de sujeción y cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y f) El interés público de las consecuencias sociales y económicas o, en su caso, los daños que pudiera causar a la sociedad, la imposición de la pena.

En el supuesto de la disolución, el órgano jurisdiccional deberá ponderar además que la imposición de dicha sanción sea necesaria para garantizar la seguridad pública o nacional, evitar que se ponga en riesgo la economía nacional o la salud pública o que con ella se haga cesar la comisión de delitos.

Otras consecuencias que pueden imponerse a las personas jurídicas, con o sin personalidad jurídica propia, que hayan cometido o participado en la comisión de un hecho típico y antijurídico, podrá ser una o varias de las siguientes: I. Suspensión de sus actividades; II. Clausura de sus locales o establecimientos; III. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido o participado en su comisión; IV. Inhabilitación temporal consistente en la suspensión de derechos para participar de manera directa o por interposición persona en procedimientos de contratación del sector público; V. Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores, o VI. Amonestación pública. Para lo anterior el órgano jurisdiccional deberá proceder conforme a las reglas de individualización que el propio CNPP establece en el 410.

Para la formulación de la imputación y vinculación a proceso, se incluyen indicaciones diversas en el artículo 423, al tenor de los siguientes postulados: a) cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de la posible comisión de un delito en los que se encuentre involucrada alguna persona jurídica iniciará la investigación correspondiente.; b) En caso de que durante la investigación se ejecute el aseguramiento de bienes el Ministerio Público, dará vista al representante de la persona jurídica a efecto de hacerle saber sus derechos y manifieste lo que a su derecho convenga. c) El Órgano jurisdiccional podrá dictar como medidas cautelares la suspensión de las actividades, la clausura temporal de los locales o establecimientos, así como la intervención judicial. d) En la audiencia inicial llevada a cabo para formular imputación a la persona física, se darán a conocer, en su caso, al representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor, los cargos que se formulen en contra de su representado, para que dicho representante o su Defensor manifiesten lo que a su derecho convenga. e) El representante de la persona jurídica, asistido por el Defensor designado, podrá participar en todos los actos del procedimiento. En tal virtud

se les notificarán todos los actos que tengan derecho a conocer, se les citarán a las audiencias, podrán ofrecer medios de prueba, desahogar pruebas, promover incidentes, formular alegatos e interponer los recursos procedentes en contra de las resoluciones que a la persona jurídica perjudiquen; f) En ningún caso el representante de la persona jurídica que tenga el carácter de imputado podrá representarla. En su caso el Órgano jurisdiccional podrá vincular a proceso a la persona jurídica.

Los artículos 424 y 425 se ocupan, respectivamente, de las **formas de terminación anticipada** (durante el proceso, para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se podrán aplicar las soluciones alternas y las formas anticipadas de terminación del proceso y, en lo conducente los procedimientos especiales previstos en el CNPP), y **de las sentencias** (donde se resolverá lo pertinente a la persona física imputada, con independencia a la responsabilidad penal de la persona jurídica, imponiendo la sanción precedente). Finalmente, queda establecido que, en lo no previsto por este Capítulo, se aplicarán en lo que sea compatible, las reglas del procedimiento ordinario previstas en el propio CNPP.

Para algunos doctrinistas mexicanos, los criminal compliance program cumplen una función de prevención delictiva: frente a delitos cometidos por la organización que lo implementa (excluyéndole de responsabilidad penal; por delitos cometidos por personas físicas al interior del ente colectivo, y, por delitos que pudieran cometerse contra la organización por otras personas físicas o jurídicas. En todo caso, habrá que reconocer que se trata de instituciones novedosas que se encuentran, al menos en México, en proceso de construcción, como lo demuestra el hecho de que son realmente pocas las entidades federativas que se han ocupado de incluirlas en su marco jurídico general, además de que deberán considerarse las directrices contenidas en la Norma Mexicana de Compliance: “Sistemas de gestión de cumplimiento-Directrices (NMX-19600-2017)”, redactada por el Instituto Mexicano de Normalización y Certificación, A.C.

Como dato adicional, informar que los códigos penales de los Estados de Ciudad de México (art. 27 bis), Jalisco (art. 10, 21, 28, fracción XXI, 54); Quintana Roo (art. 18 Quinquies), Oaxaca (art. 17, fracción X y 44), Tabasco (art. 12, 16 fracción XIII y 50 a 55 inclusive), Yucatán (16, 16 bis, 16 ter, 28 fracciones VIII a XV inclusive), teniendo noticia de que en Guanajuato se ha presentado en el mes de marzo una iniciativa de adición a de la legislación penal para introducir el esquema de responsabilidad penal de las personas morales, abriendo

la puerta al surgimiento de un esquema de compliance. Para el caso del Estado de Guanajuato, de prosperar la iniciativa, se modificaría el Capítulo XII, actualmente denominado “Consecuencias para las personas jurídicas colectivas”, para quedar como “Responsabilidad penal de las personas jurídicas colectivas”, agregándose varios artículos (93-a al 93-f) al preexistente 93 y las fracciones V, VI y VII del artículo 94.

Nicaragua

Sergio J. Cuarezma Terán

Profesor de Derecho penal

*Instituto de Estudio e Investigación Jurídica (INEJ),
Nicaragua¹*

El Código penal de Nicaragua (Ley 641/2007), de influencia española de finales del siglo pasado, conserva su estructura sin mayores cambios o alteraciones desde su entrada en vigencia desde 2008. El tema responsabilidad de las personas jurídicas y lo relacionado al criminal compliance, se regula en el código penal desde el concepto genérico de “actuación en nombre de otro” y, en el supuesto de que algún agente involucre a la empresa, se establecen consecuencias accesorias. Por tanto, el criminal compliance en el derecho penal nicaragüense continúa siendo una asignatura pendiente.

Las nuevas modalidades de criminalidad relacionadas con el sistema económico y empresarial surgen en el contexto de una economía global marcada por lineamientos liberales, y el Estado se convierte en el responsable de crear los mecanismos para reducir, prevenir y sancionar estas formas nuevas de criminalidad perniciosas para la sociedad. En esta dinámica, se ha creado paralelamente lo que se denomina el Compliance Program o Programa de Cumplimiento Normativo, mecanismo que se basa en la autorregulación de las empresas para prevenir y/o evitar la comisión de infracciones ilegales, a través de la implementación de normas o medidas que aseguren los cumplimientos de las reglas dentro su estructura organizacional.

Esta propuesta, como se explicó anteriormente, está ligada a ideas liberales porque pretende la promoción y aseguramiento del libre mercado. Para Harvey² (2005), se trata de una idea de “bienestar del ser humano” radicada en la no restricción del libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del individuo dentro de un marco institucional caracterizado por derechos de propiedad privada fuertes, mercados libres y libertad del comercio, y el papel del Estado se

reduce a crear y preservar el marco institucional apropiado para el desarrollo de estas prácticas. Los valores que predominan en este modelo, según Cárdenas Gracia³, son “los valores empresariales como la competencia, el interés, la descentralización, la deslocalización, el fortalecimiento del poder individual y las limitaciones a los poderes centrales. Se estima que las instituciones estatales deben funcionar bajo los parámetros de competencia, eficiencia y eficacia de las empresas privadas y que, en lugar de promover el bien común o el desarrollo de la sociedad civil y de la justicia social, el gobierno debe impulsar la transformación de la mentalidad burocrática y sustituirla por visiones empresariales para garantizar el libre mercado”. Es decir, la visión economicista actual, está orientada para que la implementación de las mismas y el desarrollo del mercado libre, máxima expresión de sus postulados, puedan impulsar, con estas transformaciones (y con otras) un marco jurídico penal y corporativo empresarial que la garantice.

Esto no quiere decir, que el nuevo enfoque esté orientado a abordar o minimizar la pobreza estructural, o retomar las diversas problemáticas que enfrentan las sociedades, sino que solo se ocupa de las mejores prácticas empresariales para garantizar la transparencia en el tráfico económico y la competencia relativamente leal en el desarrollo y expansión de los intereses económicos, pero no social, claro está.

En el caso de Nicaragua, advertíamos, que el criminal compliance es una asignatura pendiente. El texto punitivo, solo regula (título II, capítulo Único) en las personas penalmente responsables de los delitos y faltas, el actuar en nombre de otro. “La persona que, actuando como directivo, administrador de hecho o de derecho u órgano de una persona jurídica o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, realice un hecho que, salvo en la cualidad del autor, sea subsumible en el precepto correspondiente a un delito o falta, responderá personalmente de acuerdo con éste, aunque no concurran en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación actúe”. (art. 45).

En el ámbito de las consecuencias jurídicas cuando el hecho lo cometan en el “ámbito de una persona jurídica”, el Código penal establece consecuencias de naturaleza accesorias, a saber: Las Consecuencias accesorias que recaen sobre la persona jurídica: Cuando el hecho delictivo se cometa en el ámbito de una persona jurídica o en beneficio de ella, el Juez o Tribunal,

previa audiencia de las partes o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente y cuando en el caso concreto resulten necesarias, una o varias de las siguientes consecuencias accesorias: “a) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años; b) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años; c) Disolución de la sociedad, asociación o fundación; d) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años; e) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años. La clausura temporal prevista en el literal b) y la suspensión señalada en el literal d) del párrafo anterior, podrán ser acordadas por el Juez también durante la tramitación de la causa. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas en su imposición y cumplimiento a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.” (art. 113)

En materia de corresponsabilidad, son también responsables civilmente, en defecto de los que lo sean penalmente: a) Las personas naturales o jurídicas, en los casos de delitos o faltas cometidos en los establecimientos de los que sean titulares, cuando por parte de los que los dirijan o administren, o de sus dependientes o empleados, se hayan infringido dolosamente leyes, reglamentos administrativos o disposiciones de autoridad que estén relacionados con el hecho punible cometido, de modo que éste no se hubiera producido sin dicha infracción; b) Las personas naturales o jurídicas dedicadas a cualquier género de industria o comercio, por los delitos o faltas que hayan cometido sus empleados o dependientes, representantes o gestores en el desempeño de sus obligaciones o servicios; y c) Las personas naturales o jurídicas titulares de vehículo automotor, nave o aeronave de transporte de personas o mercaderías susceptibles de crear riesgos para terceros, por los delitos o faltas cometidos en la utilización de aquellos por sus empleados, dependientes o representantes o personas autorizadas, cuando el hecho se produzca por la falta de previsión, negligencia o imprudencia del propietario.

Notas

1 www.inej.net • sergio.cuarezma@inej.net.

2 Harvey, D. *Breve historia del Neoliberalismo*. (Trad. A.V. Mateos). Madrid: Ediciones Akal. (Original en inglés, 2005).

3 Cárdenas Gracia, J. *El significado jurídico del neoliberalismo*. México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018, p. 28.

Panamá

Carlos Enrique Muñoz Pope

Universidad de Panamá

carlos.munozpoppe@cableonda.net

I

La problemática surgida por la utilización de personas jurídicas para cometer delitos y tratar de eludir la responsabilidad de los sujetos responsables de tales ilícitos ya no puede seguir amparada por viejo aforismo latino que, traducido a nuestro idioma, nos enseñó que las personas jurídicas no pueden delinquir.

El siglo pasado puso en evidencia que se crearon sociedades para delinquir amparadas en ese viejo criterio antes mencionado al tiempo que muchas sociedades creadas para prácticas comerciales fueron utilizadas, en algún momento, para servir de fachada para que sus administradores trataran de encubrir sus actividades ilícitas o esconder con operaciones lícitas el producto obtenido de forma ilícita.

“Criminal Compliance” se ocupa de esta problemática que tiene un amplio desarrollo fuera de nuestras fronteras y que adquiere vigencia en Panamá, como país de servicios y de Centro Bancario Internacional.

Han pasado muchos años desde que organizaciones criminales foráneas constituyeron bancos en nuestro país y usaron nuestro Centro Bancario para esconder los dineros provenientes del tráfico de drogas. Hoy, sin embargo, el dinero ilícito no solo se genera por delitos relacionados con drogas sino con otras diversas conductas, lo que sirvió de base para ampliar el concepto de delito precedente en el marco del blanqueo de capitales.

La ley penal panameña en este último caso, fue reformada en meses anteriores para incluir la evasión fiscal como delito precedente y ello es plausible, pues muchos extranjeros que cometían ese delito se beneficiaban de nuestra normativa anterior para eludir la responsabilidad en sus países de origen.

II

En lo que respecta a Panamá, poco o casi nada es lo que jurídicamente tenemos respecto del tema que nos ocupa, nuestro Código Penal, artículo 51 establece el catálogo de sanciones aplicables a una persona jurídica usada o creada para cometer delito.

La normativa penal vigente sobre responsabilidad penal de las personas jurídica no hace mención al Criminal Compliance, aunque se inspire en legislación Española, existen múltiples normas administrativas en materia de bancos, seguros, casinos y muy contadas actividades empresariales que suponen un buen comienzo para abordar de manera integral esta problemática.

Por tal razón, la Superintendencia de Bancos, la que se ocupa de los Seguros y Reaseguros y la que supervisa la actividad de Sujetos no Financieros (Abogados, Contadores Públicos Autorizados y Notarios, entre otros) ya se ocupan del tema cada una en limitadas situaciones exigiendo algún grado de controles a los sujetos aplicables.

Aunque la regulación actual es muy escasa y todavía más simbólica que nada, los sujetos sometidos a control y supervisión deben ajustar sus prácticas a parámetros objetivos e informar a la Autoridad cualquier actividad que permita o constituya una forma de blanqueo de capitales, lo que sin duda es un paso contundente para combatir este delito, que ya no es un mero encubrimiento como se le concibió inicialmente.

Reiterando así que en Panamá en lo que se refiere a controles relativos a la persecución del delito de blanqueo de capitales estructura un mínimo de normas que pueden ser tomadas como temas de Cumplimiento, pero al ser que legislación Penal Panameña no mencione expresamente el Criminal Compliance, encontramos que necesidad de tener un oficial de cumplimiento presente dentro del organigrama de empresarial, contar con procedimientos y controles internos a fin de garantizar el cumplimiento de la legalidad se hace por iniciativa propia de las empresas.

Pues como Panamá resulta ser la sede regional de muchas empresas internacionales y con mayor razón luego de la firma de múltiples tratados relacionados a temas tributarios, podemos mencionar que relacionado al Criminal Compliance se encontraran controles en función al Foreign Corrupt Practices Act de los Estados Unidos o al The Bribery Act de 2010 del Reino Unido por mencionar algo específico o sino la puesta en práctica de los reglamentos internos Criminal Compliance que estas empresas traen de sus casa matriz, usualmente de sede Europea.

Perú

Dr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga

Catedrático de Derecho Penal

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema de Justicia

Antecedentes

Basados en la autorregulación, la debida supervisión y administración de riesgos delictivos, así como en la consistencia técnica y el cumplimiento efectivo de sus propias políticas, los **programas preventivos o de cumplimiento (Compliance)** constituyen en el presente un importante instrumento para la eficacia de la política criminal contemporánea contra varias manifestaciones de la criminalidad organizada. Ellos, además, operan jurídicamente como causales de exclusión o atenuación frente a una eventual responsabilidad penal o administrativa, que se pretenda atribuir a las personas jurídicas por la comisión de un delito desde su interior organizacional o en sus relaciones con su entorno comercial o de servicios.

Ahora bien, en interés por la regulación y aplicación de programas de cumplimiento o modelos preventivos de autorregulación en el Perú, data de inicios de la segunda década del presente siglo. Él se originó en el marco de los desarrollos normativos que se fueron dando en el ámbito de la legislación nacional contra el lavado de activos. Al respecto, la experiencia criminológica y criminalística acumulada había demostrado empíricamente, que las tipologías comúnmente empleadas para la ejecución de dicha modalidad de criminalidad organizada, tenían en las personas jurídicas una vía de realización eficiente y continua. Sobre todo, a través de la constitución y operatividad simulada de personas jurídicas “de papel” o “de fachada”, así como de condición off shore. Muestra de esa presencia delictiva se puede apreciar en los cuadros siguientes, vinculados a investigaciones formalizadas por el Ministerio Público contra personas jurídicas por estar involucradas en operaciones de lavado de activos

TIPOLOGÍA DE EMPRESAS IMPLICADAS EN LAVADO DE ACTIVOS

MODALIDAD EMPRESARIAL	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Empresas exportadoras	53	62	69	154	252	98
Empresas importadoras	48	54	58	112	283	112
Empresas Off Shore (paraísos fiscales)	36	42	47	187	276	312
Empresas inmobiliarias	12	19	23	28	59	63
Empresas mineras	8	13	14	21	35	43
Empresas hoteleras	35	41	28	32	54	68
Empresas de grifos	46	49	41	27	76	84
Empresas de restaurantes	123	114	85	72	89	93
Empresas de asesoramiento	34	45	47	52	115	129

FUENTE: FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

MODALIDADES DE LAVADO DE ACTIVOS IDENTIFICADAS EN LAS INVESTIGACIONES FISCALES

TIPOLOGÍA	2013	2014	2015	2016	2017	2018
Utilización de testaferros	24%	13%	12%	10%	11%	8%
Utilización de empresas de fachada	21%	34%	38%	42%	44%	53%
Triangulación de activos	19%	13%	19%	15%	12%	10%
Contratos ficticios	8%	11%	13%	10%	16%	13%
Financiamiento de campañas	13%	14%	8%	4%	3%	5%
Estructuración de cuentas bancarias	5%	6%	4%	10%	8%	3%
Inversiones inmobiliarias	3%	2%	3%	3%	2%	3%
Financiamiento a través de Cajas de Ahorro	5%	4%	2%	5%	3%	4%
Otros	2%	3%	1%	1%	1%	1%

FUENTE: FISCALÍAS ESPECIALIZADAS EN DELITOS DE CORRUPCIÓN Y LAVADO DE ACTIVOS

Posteriormente, la detección de la intervención directa e indirecta de empresas constructoras de origen brasileño en actos de corrupción de sistema que comprometieron a altos funcionarios del Estado Peruano, validaron también la necesidad de formalizar la implementación y supervisión de los criminal compliance. Paralelamente, la preocupación estatal por la formulación de nuevas políticas que potenciaran las posibilidades de acceso del Perú a la OCDE, coadyuvaron también a que se fueran discutiendo y bosquejando con mayor persistencia la adopción de mecanismos penales o administrativos para legitimar la atribución de responsabilidades propias y directas, así como la aplicación de sanciones adecuadas a las empresas involucradas desde su organización, administración o servicios en hechos delictivos. Pero, además, que permitieran que el sistema jurídico peruano se alinee a los estándares internacionales establecidos por distintos instrumentos y organismos internacionales sobre dicha materia. En ese contexto, pues, se fueron ensayando y

difundiendo diferentes proyectos legislativos entre los cuales se incluían siempre propuestas de diseño de programas de cumplimiento aunque con notorias deficiencias y vacíos.

El marco legal vigente

Las diferentes propuestas formuladas se fueron afinando y consolidando hasta el primer cuatrimestre del 2016 en que se promulgó la Ley 30424, o “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”. La **Sección V “Modelo de Prevención”** de la Ley fue dedicada a identificar las características esenciales de los programas de prevención o cumplimiento, así como sus efectos eximentes de responsabilidad para las personas jurídicas que acordaran implementarlos, e identificar y gestionar debidamente la presencia de riesgos delictivos en sus procedimientos o circuitos operativos y administrativos. Sin embargo, la Ley 30424 en

su texto original adoptó dos decisiones muy controvertidas en torno a la problemática esencial del involucramiento de las personas jurídicas en actividades criminales. En efecto, por un lado obvió criminalizar formalmente a las empresas con praxis o cultura delincente, limitándose solamente a normar de modo general una responsabilidad autónoma pero exclusivamente “administrativa”. Y, por otro lado, redujo inconvenientemente sólo para la prevención de delitos de cohecho activo transnacional, el impacto de sus inéditas normas que por vez primera incorporaban al derecho nacional, reglas y mecanismos de cumplimiento. La escasa utilidad que auguraban tales defectos técnicos y de política criminal de la Ley 30424, así como la coexistencia de sanciones penales para las personas jurídicas a modo de consecuencias accesorias en el artículo 105 del Código Penal, generaron frustración y duras críticas entre la doctrina especializada (Cfr. Víctor Roberto Prado Saldarriaga. Consecuencias Jurídicas del Delito. Giro Punitivo y Nuevo Marco Legal. IDEMSA.Lima.2016, p. 298 y ss.). A continuación insertamos las normas correspondientes a la regulación de los Compliance Programs en el texto original de la Ley 30424.

SECCIÓN V MODELO DE PREVENCIÓN

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad administrativa por la comisión de delito de cohecho activo transnacional, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir de cohecho activo transnacional o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

17.2. El modelo de prevención a que se hace referencia en el párrafo 17.1 debe contener como mínimo los siguientes elementos.

a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarios para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a:

1. La identificación de las actividades o procesos de la persona jurídica que generen o incrementen riesgos de comisión del delito de cohecho activo transnacional.
2. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en estos, programas y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión del delito de cohecho activo transnacional.

3. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la persona jurídica prevenir su utilización en la comisión de la conducta delictiva de cohecho activo transnacional.

4. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.

c. Un mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la persona jurídica.

17.3. El reglamento desarrolla y precisa los elementos y requisitos necesarios para la implementación del modelo de prevención.

17.4. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.5. Se excluye también de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado atendiendo a los elementos previstos en el párrafo 17.2.

Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración

El fiscal o el juez, según corresponda, verifican la efectiva implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Sin en el curso de las diligencias preliminares se acredita la existencia de un modelo de prevención implementado con anterioridad a la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. En caso de que investigación preparatoria se hubiese formalizado, el juez puede, a petición del Ministerio Público, dictar auto de sobreseimiento de conformidad con la normativa procesal vigente.

Artículo 19. Certificación del modelo de prevención

El modelo de prevención puede ser certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de tercero, la norma técnica de acreditación y demás requisitos para la implementación adecuada de los modelos de prevención.

Como consecuencia de las múltiples observaciones formuladas a la versión primaria de la Ley 30424, entre los años 2017 y 2018 se produjeron dos modificaciones importantes en su articulado a través del Decreto Legislativo 1352 (Promulgado el 6 de enero de 2017) y de la Ley 30835 (Promulgada el 1 de agosto de 2018), respectivamente.

La primera de estas reformas incluyó también como personas jurídicas bajo efectos de la Ley 30424, a las “organizaciones no gubernamentales” y amplió los efectos de sus normas a los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y de financiación del terrorismo. Asimismo, en relación

con los programas de prevención modificó el tenor de los artículos 17 y 18 de la citada Ley los cuales quedaron con la siguiente redacción:

Artículo 17. Eximente por implementación de modelo de prevención

17.1. La persona jurídica está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.

17.2. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:

17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

El contenido del modelo de prevención, atendiendo a las características de la persona jurídica, se desarrolla en el Reglamento de la presente Ley. En caso de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados.

17.3. En el caso de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta, el modelo de prevención se ejerce sin perjuicio de las competencias y potestades que corresponden a los órganos de control institucional como de todos los órganos conformantes del Sistema Nacional de Control.

17.4. Se excluye también la responsabilidad de la persona jurídica, cuando cualquiera de las personas naturales señaladas en el artículo 3 comete el delito eludiendo de modo fraudulento el modelo de prevención debidamente implementado.

Artículo 18. Efectos jurídicos y valoración

El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional.

Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.

Por su parte la segunda de las leyes mencionadas incorporó a la eficacia de la Ley 30424 a los delitos de colusión y de tráfico de influencias. No obstante, ella

no realizó cambios en la normatividad referente al programa de cumplimiento.

Más recientemente, a través del Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, del 8 de enero de 2019, se aprobó el esperado reglamento de la Ley 30424. En este extenso instrumento legal se detallan a través de los Títulos III, IV y V, todas las políticas, requisitos, contenidos mínimos y procedimientos de denuncia que deben integrar los programas de cumplimiento. Igualmente se alude a los plazos y prácticas de actualización de los programas implementados; así como, también, las competencias de supervisión y acreditación de tales programas: No obstante, estas últimas facultades han recaído en un organismo técnico poco compatible con tales funciones como lo es la **Superintendencia de Mercado de Valores**. A continuación se reproducen las normas pertinentes del Reglamento de la Ley 30424.

**TÍTULO III
MODELO DE PREVENCIÓN**

**CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES**

Artículo 26. Consistencia normativa

El modelo de prevención debe ser consistente con la normativa nacional y con la de los países extranjeros en los que la persona jurídica realiza operaciones, solo en el caso de haberse identificado riesgos de la comisión del delito de cohecho activo transnacional. Su diseño debe ser revisado periódicamente para cautelar y preservar dicha consistencia.

Artículo 27. Enfoque participativo

En la implementación, evaluación y mejora continua del modelo de prevención puede involucrarse a los socios comerciales y demás grupos de interés con los que la persona jurídica se relaciona, a través de procesos interactivos y actividades que permitan recabar sus aportes y opiniones, así como fortalecer la importancia y necesidad del modelo de prevención para la persona jurídica.

Artículo 28. Obligatoriedad y aplicación general

Una vez adoptado el modelo de prevención su cumplimiento es de carácter obligatorio y debe aplicarse, sin excepción alguna y de forma igualitaria, a todos los niveles, áreas y ámbitos funcionales de la persona jurídica.

Artículo 29. Simplicidad

El contenido del modelo de prevención debe estar formulado de modo que pueda ser fácilmente comprendido por los trabajadores, socios comerciales y grupos de interés vinculados a la persona jurídica.

Artículo 30. Cultura organizacional

El modelo de prevención se orienta prioritariamente al fomento de una cultura de confianza, ética, integridad y de cumplimiento normativo, en todos los niveles de la persona jurídica, por sobre un enfoque represivo y de excesivo control.

Artículo 31. Autorregulación de la persona jurídica

Las personas jurídicas, en el ejercicio de su autorregulación, de acuerdo con su tamaño, naturaleza, características y complejidad de sus operaciones, tienen la facultad para definir el alcance de los elementos del modelo de prevención, así como los procedimientos o metodología para su diseño, implementación y monitoreo, que mejor se adapte a sus necesidades, riesgos y particularidades y que, en función de ellos, resulten más eficaces.

Tratándose de personas jurídicas consideradas como sujetos obligados de acuerdo a las normas que regulan el Sistema de Prevención de Lavado de Activos y del Financiamiento al Terrorismo, la autorregulación es la facultad para definir el alcance de los elementos del modelo de prevención respecto a riesgos de la comisión de delitos distintos al lavado de activos y del financiamiento al terrorismo.

CAPÍTULO II ELEMENTOS MÍNIMOS DEL MODELO DE PREVENCIÓN

Artículo 32. Política del modelo de prevención

El compromiso y liderazgo del órgano de gobierno o administración y la alta dirección para la implementación y supervisión de un modelo de prevención deben verse reflejados de modo claro, visible y accesible en una política que manifieste el rechazo hacia la comisión de los delitos.

Este compromiso debe reflejarse en el liderazgo y apoyo visible e inequívoco, en especial sobre:

a) La implementación y ejecución de una política de rechazo frente a los delitos. Esta deberá quedar documentada y enfatizada en las actividades internas y externas de la persona jurídica; y,

b) La implementación y ejecución del modelo de prevención efectivo frente a los delitos previstos en el en el artículo 1 de la Ley.

c) La aprobación de un código de conducta en el que se asuma el compromiso de todos los miembros de la organización de no incurrir en la comisión de los delitos y de coadyuvar al buen funcionamiento del modelo de prevención.

d) La aprobación de lineamientos y/o mecanismos que reconozcan y promuevan la comunicación oportuna de cualquier indicio sobre la posible comisión de un delito, bajo condiciones de confidencialidad, seguridad y protección a los denunciantes.

La política del modelo de prevención es aplicable a los socios comerciales y a las partes interesadas, quienes deben ser debidamente informados sobre el compromiso de la persona jurídica de prohibir cualquier delito, buscando su adhesión a dicho compromiso.

Artículo 33. Elementos mínimos

De acuerdo a lo establecido en el numeral 17.2 del artículo 17 de la Ley, son elementos mínimos del modelo de prevención los siguientes:

1. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos;
2. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de gobierno de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía;
3. La implementación de procedimientos de denuncia;

4. La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención;

5. La evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Estando al principio de autorregulación a la que hace referencia el artículo 31, las personas jurídicas pueden complementar el modelo de prevención con los siguientes elementos:

6. Políticas para áreas específicas de riesgos;
7. Registro de actividades y controles internos;
8. La integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica;
9. Designación de una persona u órgano auditor interno;
10. La implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y,
11. Mejora continua del modelo de prevención.

Artículo 34. Políticas para áreas específicas de riesgos

1. La persona jurídica debe establecer documentalmente controles específicos e idóneos de prevención, detección y mitigación de riesgos enfocados en ámbitos especialmente sensibles que puedan estar vinculados a su actividad u objeto social, tales como:

- a. Pagos de facilitación
 - b. Regalos, auspicios, hospitalidad, viajes y entretenimiento
 - c. Contribuciones a campañas políticas
2. Establecer controles de prevención, detección y mitigación que permitan enfrentar de modo adecuado los riesgos identificados como posibles conflictos de intereses.

Artículo 35. Designación de una persona u órgano de prevención

1. El máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, debe designar a una persona u órgano de prevención, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, su designación y, con ello, sus funciones y atribuciones deben garantizar su autonomía en el cumplimiento de sus funciones, orientadas a asegurar el modelo de prevención, sus políticas y objetivos previamente establecidos.

2. Se debe asegurar la independencia y la autoridad de la persona u órgano designado, encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Para tal efecto, se deberán asignar los recursos que permitan el adecuado funcionamiento operativo, tanto del órgano de prevención, como para llevar a cabo el modelo en toda la organización.

Artículo 36. Registro de actividades y controles internos

1. La persona jurídica debe implementar un sistema de control contable y financiero que asegure el registro de todas sus actividades, lo que incluye el registro adecuado de libros y cuentas. Ninguna transacción operación o negocio puede quedar por fuera de este registro.

2. Implementar un sistema de controles internos que permita verificar que la política y medidas del modelo de prevención se están aplicando de modo adecuado. Estos controles pueden estar integrados por lineamientos institucionales que se incorporen en los procesos de la persona jurídica en especial a los procesos de alto riesgo y los controles propiamente dicho.

3. La implementación del sistema de control interno está a cargo del órgano de gobierno o administración de la persona

jurídica, su evaluación estará a cargo de un auditor u órgano de auditoría interna o externa, mientras que su supervisión es función de la persona u órgano de prevención.

Artículo 37. La integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica

1. El modelo de prevención debe integrarse a los procesos comerciales de la persona jurídica, así como a las normas de conducta, código de ética, políticas y procedimientos de integridad, aplicable a todos los trabajadores y directivos, independientemente de la posición o función que ejerzan.

2. La integración del modelo de prevención debe ser visible a todas las partes dentro y fuera de la persona jurídica. La integración del modelo, sin perjuicio de otros procesos que puede determinar la persona jurídica en su autorregulación, se extiende a:

- a) Las relaciones o vínculos con los socios comerciales y partes interesadas;
- b) Los procedimientos de contratos administrativos o de cualquier interacción con el sector público, aunque medien terceros, tales como el pago de impuestos, obtención de permisos, licencias y certificados a nivel nacional e internacional;
- c) El uso de los recursos financieros, los cuales abarca a los diferentes tipos especiales de gastos que puede incurrir la persona jurídica, tales como regalos, hospitalidad, viajes, entretenimiento, contribuciones políticas, contribuciones filantrópicas y patrocinios; y,
- d) Las fusiones, adquisiciones y reestructuración de las personas jurídicas.

Artículo 38. La implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos

La persona jurídica debe implementar procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna sobre irregularidades, violaciones y/o daños generados como consecuencia del incumplimiento del modelo de prevención.

Para ello se pueden establecer medidas disciplinarias y/o sanciones a quienes incumplan el modelo de prevención de la organización o en el caso de la detección de indicadores de la presunta comisión de delitos, como resultado de las investigaciones internas realizadas o de las medidas de respuesta o remediación adoptadas.

Estas actividades contemplan también que los hechos presuntamente delictivos sean puestos en conocimiento de las autoridades competentes.

La supervisión y ejecución de las actividades de respuesta está a cargo del encargado de prevención.

Artículo 39. La implementación de procedimientos de denuncia

1. La persona jurídica implementa procedimientos de denuncia que permitan a las personas jurídicas o naturales reportar cualquier intento, sospecha o acto de un delito, así como de cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención.

2. La implementación de procedimientos de denuncia, sin perjuicio de otros componentes que puede determinar la persona jurídica en su autorregulación, puede incluir:

- a) Canales de información sobre irregularidades, abierta y ampliamente difundida entre los trabajadores y directivos,

independientemente de la posición o función que ejerza, así como a los socios comerciales cuando corresponda;

Los canales que pueden consistir en líneas telefónicas, buzones de correo electrónico exclusivos, sistemas de denuncia en línea, reportes presenciales u otros que la organización considere idóneos, los mismos que pueden estar administrados por esta misma o por un tercero.

- b) La implementación de medidas disciplinarias en caso de violación al modelo de prevención;
- c) Mecanismos de protección para el denunciante, asegurando que ningún personal sufrirá represalia, discriminación o sanción alguna por reportes o denuncias interpuestas de buena fe; y,
- d) Un esquema de incentivos que permita reafirmar la importancia del modelo de prevención, así como la de promover el compromiso y apoyo al mismo.

Artículo 40. Del procedimiento de denuncia:

El procedimiento de denuncia contempla, como mínimo, los siguientes aspectos:

- a) Descripción, a modo de ejemplo, de las conductas delictivas que pueden denunciarse;
- b) Identificación del encargado de prevención y su información de contacto;
- c) Protección para el denunciante, por parte de la organización;
- d) Canales de denuncia disponibles;
- e) Definición y descripción de los elementos mínimos que debe contener una denuncia para que sea considerada como tal;
- f) Definición y descripción del mecanismo de recepción de denuncias; y,
- g) Definición y descripción del procedimiento de investigación y de la presentación de los resultados.

Artículo 41. La difusión y capacitación periódica del modelo de prevención

1. La persona jurídica debe difundir y capacitar periódicamente, tanto interna como externamente, cuando corresponda, el modelo de prevención que permita una cultura de integridad corporativa frente a la comisión de delitos.

2. La difusión y capacitación debe desarrollarse por los medios más idóneos y, cuando menos una vez al año, con la finalidad de transmitir los objetivos del modelo de prevención a todos los trabajadores y directivos, independientemente de la posición o función que ejerzan, así como a los socios comerciales y partes interesadas cuando corresponda.

La capacitación puede ser presencial o virtual, y versa, como mínimo, sobre los siguientes temas:

- a) Política de cumplimiento y prevención de delitos, los procedimientos implementados, el modelo de prevención y el deber de cumplimiento;
- b) Riesgos de incurrir en los referidos delitos y sus consecuencias para la organización y para el trabajador que incurre en ellos;
- c) Circunstancias en las que puede presentarse alguna situación que implique un riesgo de comisión de alguno de los delitos referidos, relacionadas con las funciones y actividades que el trabajador desempeña en la organización;
- d) Formas de reconocimiento y enfrentamiento de las situaciones de riesgo;
- e) Identificación de los canales de comunicación y/o de los procedimientos de denuncia;

f) Formas de colaboración para la prevención de riesgos y para la mejora del modelo de prevención;

g) Consecuencias legales del incumplimiento del modelo de prevención; e

h) Información sobre los recursos de capacitación disponibles.

El contenido, oportunidad y frecuencia de la capacitación puede ser diferenciada de acuerdo a cada área de la organización en las que se haya identificado una mayor exposición al riesgo de incumplimiento, según sus necesidades.

Las actividades de capacitación y sensibilización deben estar debidamente documentadas.

Artículo 42. La evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención

1. La persona jurídica debe establecer mecanismos para retroalimentación y otros procesos internos que apoyen al mejoramiento continuo del modelo de prevención.

2. El órgano de gobierno y/o administración de la persona jurídica debe monitorear y revisar su adecuación e implementar las mejoras que sean necesarias al modelo de prevención, acciones que deben reflejarse documentalmente. Este proceso debe realizarse, como mínimo, una vez al año y deben referirse, como mínimo a los siguientes aspectos:

a) Funcionamiento del modelo de prevención;

b) Fallas y/o debilidades encontradas;

c) Detalle de las acciones correctivas realizadas;

d) Eficacia de las medidas adoptadas para hacer frente a los riesgos identificados; y,

e) Oportunidades de mejora del modelo de prevención.

Artículo 43. Mejora continua del modelo de prevención

La organización mejora continuamente la idoneidad, adecuación a la realidad y eficacia del modelo de prevención.

El proceso de mejora incluye la adopción de acciones correctivas y/o cambios al modelo ante la ocurrencia de violaciones al mismo, cambios en la estructura de la organización, en el desarrollo de sus actividades o ante factores internos o externos que impliquen cambios en el perfil de riesgos identificados que sirvió para la elaboración del modelo de prevención.

A modo de conclusión

No cabe duda sobre la importancia estratégica que tiene en la política criminal del tercer milenio la incorporación formal y material de los programas de cumplimiento. No sólo en lo que concierne al control preventivo y autoregulatorio de las personas jurídicas que pueden ser instrumentalizadas o cooptadas por la criminalidad organizada, sino, también, por el efecto psicosocial positivo que aquellos aportan sobre los diferentes actores y componentes organizacionales o de gestión de los entes colectivos. Esto es, la internalización de una cultura empresarial y social de sólido compromiso ético y de transparencia operacional. De allí, pues, que no resulte sorprendente que la regulación, formalización e implementación de procedimientos o prácticas de control de riesgos delictivos a través de un

criminal compliance eficiente e idóneamente diseñado, haya logrado una rápida inserción y consolidación en los sistemas jurídicos de origen eurocontinental (Cfr. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín. Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. EDISODER S.L. Madrid. 2014).

En el caso peruano recién a partir de la promulgación del Reglamento de la Ley 30424, el proceso de activación de esta relevante herramienta del denominado **derecho penal preventivo** ha concluido su fase de positivización. Corresponde, pues, a partir de ello, comenzar a ensayar la implementación de los compliance a la vez que ir paralelamente evaluando sus indicadores de asimilación y eficacia. No obstante, seguimos considerando también pertinente que el legislador nacional complete este significativo avance legislativo, con la criminalización propia y directa de las personas jurídicas que se involucren en operaciones de naturaleza delictiva o de encubrimiento de organizaciones criminales.

Ucrania

Volodymyr Hulkevych,

Doctor en Derecho, Fiscalía de la Provincia de Ivano-Frankivsk, Ucrania

1. Generalidades

La legislación de Ucrania no contiene actas normativas algunas que regulen el trámite de compliance en el procedimiento judicial en materia penal. Es de notar que la noción de compliance no está definida por las leyes ucranianas. Sin embargo, las compañías ucranianas, en su mayoría las entidades bancarias, tomando ejemplo de las potentes corporaciones mundiales, implantan en su actividad los programas de compliance con la finalidad de prevenir que sus trabajadores cometan delitos penales, ante todo, en esfera de la corrupción.

Por lo tanto, intentemos a analizar brevemente la esfera de uso probable de criminal compliance (programa de cumplimiento normativo en español), teniendo en cuenta la legislación nacional. El vocablo inglés compliance proviene del verbo to comply (cumplir) y significa "actividad que cumple exigencias o indicaciones establecidas". Criminal compliance es un programa de medidas internas, encaminadas a prevenir los delitos penales en la actividad de cierta persona jurídica, en sus propios intereses o para detectar semejantes delitos.

Se puede definir criminal compliance como un conjunto de acciones, encaminadas a incorporar ciertas reglas de comportamiento obligatorio para los trabajadores de la persona jurídica para impedir que estos cometan delitos penales, así como introducir procedimientos eficientes de la investigación interna de los delitos cometidos por los trabajadores de la corporación.

La implantación de los programas de criminal compliance viene condicionada, ante todo, por la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos por parte de sus mandatarios. Por ello, vamos a definir por qué delitos la legislación ucraniana prevé la posibilidad de aplicar medidas legales de naturaleza penal a las personas jurídicas.

2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ucrania como premisa de implantación de los programas de *criminal compliance*

La conveniencia de implantación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debatía en el transcurso de más de veinte años después del restablecimiento de la independencia de Ucrania.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Ucrania ha sido establecida por primera vez mediante la Ley N° 314-VII del 26.05.2013 “Sobre introducción de cambios en algunos actos legislativos concernientes al Plan de acciones referentes a la liberación por parte de la Unión Europea del régimen de visas respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas”. Esta ley establecía la responsabilidad penal de las personas jurídicas solo en casos de perpetración de delitos concretos por parte de sus mandatarios. Más tarde en el Código Penal de Ucrania han sido introducidos cambios que ampliaron la aplicación de las medidas legales de naturaleza penal a las personas jurídicas.

De conformidad con el art. 96³ del Código Penal las causas para aplicar las medidas legales de naturaleza penal a las personas jurídicas son:

- perpetración por parte de su mandatario en nombre e intereses de la persona jurídica de delitos de la legalización (blanqueo) de ingresos, obtenidos por vía delictiva (arts. 209 y 306 del CP), algunos delitos de corrupción (partes 1 y 2 del art. 368³, partes 1 y 2 de los arts. 368⁴, 369 y 369² del CP);
- perpetración por parte de su mandatario en nombre de la persona jurídica de cualesquier delitos, vinculados con la actividad terrorista (arts. 258-258⁵ del CP);
- perpetración por parte de su mandatario en nombre e intereses de la persona jurídica de algunos

crímenes contra los fundamentos de la seguridad nacional de Ucrania, delitos vinculados con la trata de personas, ciertas violaciones de la legislación electoral, sujetas a la pena criminal, algunos delitos contra la seguridad pública, crímenes contra la paz, seguridad de la humanidad y ordenamiento jurídico internacional (arts. 109, 110, 113, 146, 147, partes 2-4 del art. 159¹, arts. 160, 260, 262, 436, 437, 438, 442, 444 y 447 del CP);

- incumplimiento de las obligaciones encomendadas al mandatario por la ley o pactos sociales de la persona jurídica referentes a la adopción de medidas preventivas contra la corrupción, lo que condujo a la comisión del delito de legalización (blanqueo) del dinero obtenido por vía delictiva (arts. 209 y 306 del CP) y ciertos delitos de corrupción (partes 1 y 2 del art. 368³, partes 1 y 2 de los arts. 368⁴, 369 y 369² del CP).

Bajo los mandatarios de la persona jurídica hay que considerar a funcionarios de la persona jurídica, así como a otras personas que a tenor de la ley, pacto social de la persona jurídica o un contrato tienen derecho a actuar en nombre de la persona jurídica.

Evidentemente, la enumeración de delitos, cometidos por mandatarios de la persona jurídica, contra los que se aplicarán las medidas legales de naturaleza penal, solo va a crecer en el futuro. En particular, no se entiende por qué hasta hoy día en la enumeración no figuran delitos tan peligrosos como evasión fiscal intencional, fraude con recursos financieros, contrabando de armas y narcotráfico.

Los delitos mencionados se considerarán cometidos en intereses de la persona jurídica, si esta haya recibido el beneficio ilícito o hayan creado condiciones para la obtención del beneficio mencionado o hayan sido encaminados a evitar la responsabilidad prevista por la ley.

Con arreglo al art. 96⁶ del CP, el Tribunal podrá aplicar a las personas jurídicas las siguientes medidas legales de naturaleza penal como multa, confiscación de bienes o liquidación. La multa y liquidación podrán aplicarse solo como medidas legales de naturaleza penal, mientras que la confiscación de bienes —solo como una medida adicional. Durante la aplicación de las medidas legales de naturaleza penal, la persona jurídica estará obligada a indemnizar por completo el daño y las pérdidas causadas, así como el monto del beneficio ilícito obtenido o que podría ser obtenido por la persona jurídica.

En el art. 96¹⁰ del CP se señala que al aplicar las medidas legales de naturaleza penal contra la persona jurídica el Tribunal, en su caso, **deberá tener en cuenta**

las medidas emprendidas por la persona jurídica para evitar el delito. A la vez, la realización de procedimientos por parte de la persona jurídica para detectar delitos, cometidos por su mandatario, y su investigación interna generalmente no influyen a la aplicación por parte del Tribunal de las medidas legales de naturaleza penal.

El legislador no ha definido en absoluto las medidas que la persona jurídica podría aplicar para evitar la perpetración del delito por parte de sus mandatarios. Queda sin respuesta la pregunta sobre el nivel de la posibilidad de tomar en cuenta por parte del Tribunal las medidas emprendidas por la persona jurídica para prevenir el delito. ¿Podrá una persona jurídica eximirse completamente de la aplicación de las medidas legales de naturaleza penal, si demuestre que haya emprendido todas las medidas posibles para impedir el delito?

Es evidente que la práctica judicial podría dar respuesta a esta y otras preguntas, sin embargo, hoy día ella todavía no se encuentra formada.

No obstante, la disposición legislativa de que el Tribunal debe tener en cuenta las medidas emprendidas por parte de la persona jurídica con la finalidad de prevenir el delito, coadyuva a la aplicación de los programas de criminal compliance por parte de las corporaciones grandes y medianas.

En mayoría de los casos los científicos ucranianos están expresando la propuesta de aplicar las medidas de compliance para prevenir los delitos de corrupción. En particular, M.O. Ignatova, por ejemplo, reconoce la aplicación de compliance, propuesta por el proyecto de la Ley de Ucrania N° 4038a del 20.07.2016 “Sobre protección de denunciantes y revelación de la información acerca del daño o peligro para intereses públicos”, en la regulación legal de la actividad de los denunciantes.

A tenor del proyecto de la ley en cuestión, podrá figurar como denunciador una persona física que ha revelado o intentado con actos realmente confirmados a revelar la información acerca del daño o peligro para intereses públicos por parte de otras personas, si haya conocido esta información debido a su actividad laboral, profesional, económica, pública, científica o durante realización del servicio, estudios o participación en procedimientos, previstos por la legislación, que son obligatorios para iniciar esta actividad, realización del servicio o estudios.

Por supuesto, esta ley, cuyas disposiciones servirían de estímulo para que las corporaciones ucranianas apliquen activamente las medidas de compliance, no ha sido aprobada hasta hoy día por la Rada Suprema de

Ucrania. Además, la implantación de la protección legal estatal de personas, quienes actúan en secreto, sin que lo supiera la administración de la persona jurídica y descubren delitos cometidos por otros trabajadores de una u otra persona jurídica, no se considera como una medida de criminal compliance, puesto que el denunciador no cumpla la función principal de compliance: prevención de la perpetración de delitos. Otrosí, la actividad de esta persona en la revelación de delitos, realizada sin que lo supiera la administración de la persona jurídica, no estaría relacionada con la prevención de la perpetración de delitos.

Sin embargo, la semejante ley estimulará indudablemente la implantación de los procedimientos de criminal compliance, puesto que los administradores de las corporaciones, comprendiendo el peligro de revelación de los posibles actos ilícitos de sus trabajadores, estarán obligados a tomar medidas para prevenir la perpetración de los delitos penales por parte de mandatarios y la investigación autónoma interna de los mismos.

3. Problemas de aplicación de los procedimientos de *criminal compliance*

La implantación de los procedimientos de criminal compliance puede ser eficiente y no provoca objeciones especiales, particularmente referentes al establecimiento de las normas de comportamiento de los trabajadores de la persona jurídica y realización de las medidas de prevención de delitos.

Sin embargo, el defecto de la regulación legal de criminal compliance causa dudas respecto al éxito y la objetividad posible de las investigaciones internas de los delitos perpetrados por los trabajadores de las corporaciones.

En particular, las pruebas obtenidas durante una investigación interna no podrán reconocerse adecuadas y admisibles durante el examen judicial del asunto. Ello se refiere particularmente a aquellas pruebas que se obtienen con violaciones de los derechos fundamentales de los sospechosos, determinados por la Constitución de Ucrania y su legislación de procedimiento penal. La violación del derecho a protección de la persona, respecto a la que se lleva a cabo la investigación interna, podrá también conducir a la imposibilidad del posterior examen judicial objetivo.

Además, las investigaciones internas podrán estar encaminadas a disminuir defectos en la organización de la actividad de la persona jurídica, que provocaron la perpetración del delito por parte de su mandatario. No se puede excluir intentos de la administración de

las corporaciones a endosar la responsabilidad por los delitos cometidos por sus trabajadores sobre otras personas con ayuda de las investigaciones internas poco escrupulosas.

Es decir, teniendo en cuenta el desarrollo de la legislación sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas responsables, la necesidad de aplicación de los programas de criminal compliance es oportuna y evidente. Pero, el legislador debe perfilar con mayor precisión las normas del Código Penal sobre la prescripción de las medidas de influencia legal de naturaleza penal contra personas jurídicas, definir al máximo las reglas mediante las cuales el Tribunal, al tomar decisión, tenga en cuenta el grado del volumen de las medidas de criminal compliance, llevadas a cabo por las corporaciones.

Bibliografía

Havrylishyn A.P., Kozyrieva V.P. Problemy kryminalno vidpovidalnosti iurydychnykh osib: zarubizhnyi dosvid / Las cuestiones de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: la experiencia extranjera (en ucraniano). Iurydychnyi visnik / Boletín Legal, 2018, N 2 (47), pp. 160-165.

Hryshchuk V.K., Pasiaka O.F. Kryminalna vidpovidalnist iurydychnykh osib: porivnialno-pravove doslidzhennia / La responsabilidad penal de las personas jurídicas: estudio jurídico comparado (en ucraniano), Lviv, 2013.

Ihnatova M.O. Vykryvach iak komplaiensi-zakhid zapobihannia korupcii v diialnosti iurydychnykh osib / El denunciador como la medida de compliance de prevención de la corrupción en las actividades de las personas jurídicas: el estado legal (en ucraniano) https://www.academia.edu/36263606/%D0%92%D0%B8%D0%BA%D1%80%D0%B8%D0%B2%D0%B0%D1%87_%D1%8F%D0%BA_%D0%BA%D0%BE%D0%BC%D0%BF%D0%BB%D0%B0%D1%94%D0%BD%D1%81_%D0%B7%D0%B0%D1%85

Uruguay

Sofía Lascano¹

Pablo Galain Palermo²

1. En el sistema penal uruguayo no existen normas específicas que guarden relación con el denominado criminal compliance. En este sistema solo

pueden ser responsables penalmente las personas físicas, para las personas jurídicas se aplica el derecho administrativo sancionador. En general no existe un desarrollo importante del denominado “derecho penal económico”, este se encuentra limitado a figuras clásicas (i.e., la insolvencia fraudulenta o el contrabando) que pretenden proteger a la economía y a la hacienda pública. Los “delitos” cometidos por empresas no tienen consecuencias penales para las empresas sino para sus representantes legales. La jurisprudencia no se ha manifestado sobre la posibilidad de que un sistema de compliance pueda disminuir la responsabilidad civil o administrativa de una compañía.

2. El criminal compliance supone en pocas palabras un nuevo intento de privatización del control y lucha contra la criminalidad de empresa, y en este marco hay quienes sostienen que no es más que el compliance como parte de la materia penal y que no existe algo así como el criminal compliance en concreto. Sin embargo, el conocido caso Siemens sobre pago de sobornos y redes internas de corrupción a finales del 2006, dejó en evidencia la existencia práctica de lo que sería el criminal compliance por cuanto la sanción penal aplicada a esta importante compañía alemana se vio minimizada cuando la misma se comprometió a perfeccionar su ineficiente programa de compliance. Al mismo tiempo, por medio de dicha promesa la empresa dio el primer paso para la recuperación de su buena reputación y para retomar el control sobre sus negocios.
3. Legislaciones como las de los Estados Unidos, España, Italia, Argentina, entre otras, presentan esas “ventajas” sancionatorias (en algunos casos, administrativas y en otros, penales) para las compañías que los implementan correctamente. En Uruguay aún no se ha considerado dar un sentido determinado a los sistemas de compliance dentro del sistema penal. De esta forma, no existe la posibilidad que ofrece el derecho penal español, por ejemplo, de considerar a estos programas como una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica³ cuando estos son eficaces como elementos preventivos.
4. Los autores referentes en la materia parecen estar de acuerdo en que el compliance y el criminal compliance (como una extensión de aquel), son ejemplos de la incidencia de la globalización del derecho penal o de la globalización en el derecho penal. Es a nivel internacional que se puede ob-

servar como se asignan a los encargados de compliance o compliance officers de las empresas deberes jurídico-penales de control de conductas desviadas de los integrantes de la empresa, y de esta como posible vehículo para la comisión de delitos. Se ha dicho que: "la tarea de las empresas no es cumplir específicamente con el Derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el Derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos. El objetivo del compliance no es evitar ser castigadas por un delito contra el medioambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental"⁴.

5. El compliance podría ser estudiado como una técnica de neutralización en el marco de una cultura empresarial ética y, por supuesto, como medio de control social. La utilización de programas de compliance deja en evidencia, además, la ineficacia preventiva de las regulaciones jurídico-penales clásicas para advertir escándalos de lavado de activos, fraude, corrupción, etc. en el seno de empresas de gran tamaño y con presencia a nivel mundial.
6. En cuanto a la prevención de daños, recientemente la autorregulación empresarial se ha venido ajustando con la heterorregulación jurídica administrativa y penal. A consecuencia de este ajuste existen normas privadas que asumen fines públicos a través de la actividad reguladora del Estado. "...La mayor densidad teórica y practica que ha adquirido la cuestión ha permitido que la doctrina del "déficit de organización", desarrollada por Tiedemann, como fundamento de la culpabilidad y punibilidad de la persona jurídica, haya ganado en calidad argumental y se haya ido consolidando en la academia y en la legislación comparada"⁵.
7. Se debe discutir con mayor intensidad si las garantías penales como el principio de culpabilidad, la prohibición de autoinculpación o la presunción de inocencia pueden ser desplazadas o delegadas a los sistemas privados de investigación y sanción por medio de lo que se conoce como la autorregulación regulada⁶.
8. A nivel comparado, la responsabilidad penal de la persona jurídica se sostiene en la insuficiente responsabilidad penal individual y en supuestos como la tendencia al incumplimiento por la com-

petitividad del sistema capitalista, la supervivencia de la empresa, el ahorro de costos y obtención o maximización de beneficios, etc. En Uruguay, la imputación penal de los entes colectivos ni siquiera se ha discutido en el ámbito de la política criminal y no se vislumbra esta discusión a corto o mediano plazo. En las legislaciones que la prevén el proceso penal de las personas jurídicas trae consigo diversos problemas como los conflictos de jurisdicción, el principio de non bis in ídem ante sanciones administrativas y penales, la sanción penal de personas físicas y jurídicas que afectan ambos patrimonios y la prohibición de doble enjuiciamiento, temas de competencia y canales de denuncia. Uruguay debería tener en cuenta estos problemas cuando llegue el momento de discutir en el ordenamiento jurídico nacional sobre la "necesidad" de legislar sobre el tema. En el caso uruguayo, nada hace pensar que esta "necesidad" podría surgir como una propuesta propia del sistema jurídico nacional, sino que seguramente ella dependerá de algún compromiso o "exigencia" de carácter supranacional. Esta idea no es descabellada, pues en los últimos años el compromiso internacional ha venido siendo la tendencia legislativa en materia de la criminalidad vinculada con la cuestión económica⁷ y con la prevención de la financiación de grupos criminales⁸.

9. En cuanto a los riesgos penales del encargado de compliance o compliance officer, estos están vinculados a las tareas o funciones delegadas y, en ese contexto, a la dolosa tolerancia o al ocultamiento del delito que ha conocido en ejercicio de sus funciones de contralor. Sin perjuicio de ello, la responsabilidad no parece ser delegada en su totalidad, ya que la obligación de supervisión activa y reactiva se mantiene a cargo del principal o directivo que está en una posición de garante y en su carácter de delegante. En principio y con carácter general, la obligación del compliance officer parece ser de medios, pues tiene que concentrarse en detectar anomalías en el sistema de prevención y comunicarlas a los altos cargos, sin que por ello asuma un deber de garantía o una posición de garante. No obstante, en Uruguay puede exigirse dicha posición, en tanto la doctrina penal uruguaya reconoce la posición de "garante" a través del artículo 3° del Código Penal Uruguayo. Esta norma permite considerar responsable a quien ocupando dicha posición no ha

evitado el resultado que estaba obligado a evitar. Según el sistema penal se lo puede responsabilizar en calidad de autor, coautor, cómplice, etc. (Art. 60º del Código Penal Uruguayo) ya que se trata de un tipo de responsabilidad penal clásica por no existir regulación especial o norma penal específica, sin perjuicio de lo cual debiera entenderse que se trata de aquellos delitos alcanzados por su actividad de contralor.

10. En lo que refiere puntualmente a sistemas de compliance implementados en compañías del mercado financiero (pioneras en la materia) a efectos de la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo, estos se ven bombardeados por normas de carácter administrativas, penales y estándares internacionales que cumplir y que hacen no solo a la complejidad de su funcionamiento sino también que el funcionamiento se torne aún más complejo. Organismos internacionales como el Grupo de Acción Financiera (GAFI) elevan a los Estados recomendaciones que son trasladadas a través de las legislaciones a los sujetos obligados, situación en la que también se encuentra Uruguay, y como se ha manifestado, parecer ser la dominante en aspectos de política criminal referidos a las reformas en el ámbito económico-financiero.
11. En teoría, la estructura de prevención y control en el sistema normativo uruguayo consiste en la prevención por parte de los sujetos obligados, la detección, inteligencia financiera que permita la represión por parte del regulador estatal (derecho sancionador administrativo) y el poder judicial (derecho penal, en caso de autoría o participación del compliance officer en la comisión de delitos vinculados con su función de contralor). Según la praxis nacional: “Los programas de cumplimiento se estructuran sobre dos vertientes, una formal, esto es un documento que establece los mecanismos de prevención, detección y reacción frente a los riesgos penales, y un material, que se concreta en la organización de áreas o departamentos de compliance. Y la observación y respeto a estos programas constituyen en definitiva las reglas que sirven para determinar el riesgo permitido en un sector de la actividad y el consiguiente deber de garante que debe respetar quien ejerce esas funciones. (Art. 18 CPU)”⁹.
12. El sistema penal uruguayo no tiene delitos específicos relacionados con la función de compliance; pero ello no significa que quienes

desempeñan estas funciones dentro de las estructuras empresariales se encuentren exentos de responsabilidad penal. Para que esto suceda tiene que haber una relación dolosa entre la omisión de contralor y la comisión de un delito. La responsabilidad de las empresas se dirime a nivel administrativo sancionador y civil; y es allí donde la existencia de un programa de compliance puede llegar a tener valor para disminuir la naturaleza y el grado de la sanción, al menos en Uruguay donde no existe regulación penal específica sobre la responsabilidad penal individual del compliance officer y la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Notas al final

1 Abogada (Universidad de la República, Uruguay), integrante de OLAP (Observatorio Latinoamericano para la investigación en Política Criminal y en las reformas en el Derecho Penal), Especialista en Cumplimiento Normativo Penal (Universidad de Castilla La Mancha, España), Maestranda en Derecho Empresarial (Universidad de San Andrés, Argentina).

2 Doctor Europeo en Derecho (Universidad de Salamanca), Investigador Senior del Instituto Max Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional (Alemania), director de OLAP.

3 Sobre el tema, De la Mata, Norberto, “Los protocolos de prevención de delitos en el ámbito empresarial: el referente de los modelos de organización y gestión de la regulación italiana”, en Puente Alba (Ed), Economía y Derecho Penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española, A Coruña. Servicio de Publicaciones, 2015, p. 273 y ss.

4 Nieto, Adán. Problemas fundamentales de cumplimiento normativo en el derecho penal. *Compliance y teoría del derecho penal*, Marcial Pons, 2013, p. 27.

5 Bermejo y Montiel., M y J.P. (2018). ¿Compliance officers “tras las rejas”? *Tratado de Compliance*, (Tomo II), Thomson Reuters (La Ley), p. 203.

6 Cuffré, Denisse - Raskovsky, Rodrigo M. - Lascano, Sofía - Botero, Santiago (2018). Autorregulación empresarial. Herramientas conceptuales, *DPyC*, Thomson Reuters, p. 229.

7 Galain Palermo, Pablo, “Lavado de activos en Uruguay: una visión criminológica”, Ambos/Caro/Malarino (Eds.), *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista Editores, Lima, 2015, 321-374.

8 Galain Palermo, Pablo, “Terrorismo y financiación del terrorismo en Uruguay”, “Terrorismo, crimen organizado y algunos problemas de las personas jurídicas que intervienen, Doctrina y jurisprudencia penal, 33, Thomson Reuters, Universidad de los Andes, Santiago de Chile, 2018, pp. 31 y ss.

9 Conforme dictamen de Fiscalía Especializada en Crimen Organizado de Montevideo de 1er. Turno, en “autos caratulados S B, F y otros”, Ficha 474- 90/2017. Montevideo, 31 de octubre de 2017.

Venezuela

Jesús Enrique Rincón Rincón

Doctor en Derecho. Juez Penal

Profesor de Derecho Penal General y Especial

Profesor de Postgrado de Penal y Procesal Penal

Individuo de Número de la Academia de Ciencias Jurídicas del Estado Zulia (actual Vice Presidente)

Introducción

La institución del “Compliance”, o Programa de Cumplimiento Normativo, proviene del derecho anglosajón y no es un concepto tan reciente, ya que se originó en los años ’70 en Estados Unidos¹, sin embargo, es en los últimos tiempos que ha tomado mucho auge y se ha convertido en una necesidad para ser tomada muy en cuenta, por las diferentes organizaciones empresariales. Se trata de una especie de auto regulación, de auto control (self control), de auto vigilancia y de auto investigación policial (self policing), por parte de las propias empresas, para establecer y cumplir estrictamente con unas determinadas normas y disposiciones jurídicas, según sea su actividad comercial, empresarial o industrial, de manera que sus productos y/o servicios, sean elaborados y cumplan con todas las normas y exigencias legales existentes, así como con el objeto de prevenir el cometimiento de delitos e infracciones, tanto por parte de sus directivos y administradores, como de la empresa, logrando también con un conjunto de medidas, que la organización sea cada vez más eficiente, reconocida, segura, confiable y productiva. Consiste en uno o varios documentos internos con protocolos específicos.

Cada área o actividad comercial tiene sus específicas normas establecidas por diferentes autoridades (sanitarias, medioambientales, urbanísticas, fiscales, médico asistenciales, etc.), que regulan dichas actividades, y las empresas están obligadas a acatarlas y a funcionar de conformidad y de acuerdo con esas disposiciones, es decir, “in compliance with the codes”. Así vemos, por ejemplo, que las empresas farmacéuticas y los laboratorios, tienen una serie de normas legales específicas que tienen que cumplir, lo mismo que las compañías dedicadas a la elaboración de alimentos y bebidas, e igualmente aquellas sociedades dedicadas a la construcción, y así sucesivamente, de acuerdo a cada área o actividad económica. No existiendo disposiciones genéricas que abarquen a todas las diferentes clases y tipos de organizaciones. De no acatar las empresas todas y cada una de esas normas mínimas de obligatorio cumplimiento, podrían poner en riesgo o peligro, la vida, la integridad física y/o la salud, de muchas personas, sean empleados

o no de las mismas, lo que podría acarrearle sanciones administrativas, civiles, e incluso, penales, a la sociedad que incumpla alguna de esas disposiciones.

En este sencillo y modesto trabajo, voy a hacer abstracción de la eterna y controvertida discusión, acerca de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya analizada en otra oportunidad en esta misma publicación², dando por sentado que en muchos casos sí existe tal responsabilidad, para así enfocarme más en la necesidad de la prevención de delitos, por parte de las organizaciones y sociedades, en el ámbito de su actividad empresarial. Ya que el Compliance no sólo se refiere a la necesidad del cumplimiento normativo, de las disposiciones y requisitos exigidos, para el buen funcionamiento y desempeño de una empresa en alguna actividad en particular. Es necesario para sentar las bases del Compliance, el uso de las normas ISO, muy especialmente de la ISO 19600. También es imprescindible identificar y prevenir, los riesgos en que pueda incurrir la organización o alguno de sus directivos, en la perpetración de algún hecho punible, que de alguna manera comprometa la responsabilidad penal de la empresa.

Necesidad y justificación del Compliance

Actualmente, lo más conveniente para las empresas, lo que prácticamente se ha convertido en una especie de obligación, es el establecer todos los mecanismos internos necesarios (Compliance), para prevenir que sus directores, administradores y demás empleados, puedan cometer alguna inobservancia o violación de dichas normas legales, que puedan comprometer la responsabilidad, no sólo del infractor, sino también de la propia empresa, acarreándole consecuencias jurídicas y sanciones que pueden ser muy graves, por el incumplimiento y los daños y perjuicios causados a los afectados, que pueden consistir en multas, suspensión de actividades, cierre temporal o definitivo de la empresa, y, en algunos casos, condenas penales, con el menoscabo de su prestigio y el costo económico. Las situaciones de peligro se dan en todas las empresas, pero se ven más claramente en las industrias más riesgosas, como por ejemplo, en las centrales nucleares, donde las normas y los requisitos de funcionamiento y mantenimiento, son, y tienen que ser, sumamente exigentes, ya que las consecuencias de un error o mal funcionamiento, pueden ser catastróficas para toda la población cercana, como ya se ha sucedido en el pasado relativamente reciente, en los casos de Three Mile Island (Pensilvania, USA, 28-3-1979), Chernobyl (Ucrania, antigua URSS, 26-4-

1986) y Fukushima (Japón, 11-3-2011), que causaron gran devastación.

Lógicamente, todos sabemos que los accidentes ocurren (accidents happen) y el Compliance no va a evitarlos en forma absoluta y total, pero su estricta aplicación sí va a reducirlos drásticamente, protegiendo así, en muchos casos, tanto a la empresa, como a sus directivos y demás empleados en puestos de confianza, de las decisiones que tomen. Evidenciando así que es una herramienta sumamente útil y eficaz para evitar violaciones y sanciones, tal y como ha quedado demostrado en todos los países donde ha sido aplicado el Compliance. Lográndose incluso en la mayoría de los casos, que la demostración por parte de la empresa de la existencia e implementación del Compliance, así como del cumplimiento de todas las normas legales, sea tomado en cuenta para evidenciar que lo ocurrido fue un lamentable accidente, no imputable por imprudencia o negligencia a la empresa o a sus empleados, y que no fue causado por una violación o inobservancia de alguna disposición jurídica, lo cual pudiera exonerar totalmente a la empresa de responsabilidad.

De tal manera que el solo hecho de que una empresa disponga de un programa o dispositivo interno de Compliance, que contenga los procedimientos que se deben seguir, y los implemente y aplique en forma adecuada, estricta, exitosa, seria y responsable, indica claramente que se trata de una empresa que realmente desea prevenir, detectar y evitar, cualquier actividad ilegal por parte de sus empleados, es decir, que se trata de una organización que ha adoptado y pone en vigencia buenas prácticas. Por otro lado, existen casos en que una actuación puede ser legal pero no ética.

El Compliance es muy beneficioso y conveniente para las organizaciones, ya que con ese Programa ocurre como con los países. Aquellos países que rinden cuentas, que son realmente democráticos, que tienen reglas jurídicas y comerciales claras, que persiguen y castigan la corrupción pública y privada y que son transparentes en sus actuaciones, son los que más atraen las inversiones, son los que consiguen un mayor y sostenido desarrollo, son los que disminuyen la inflación y evitan la fuga de capitales. Y así lo han expresado los organismos internacionales, como el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y el Fondo Monetario Internacional (FMI)³. Por todo ello, se justifica el auge que a nivel mundial ha adquirido el Compliance, el cual, como afirma Juan Carlos Ferré Olivé, “En muchos casos, por la evolución del marco legal a nivel mundial, ha dejado de ser una opción voluntaria para muchas organizaciones en varios países y ha pasado a ser un requisito

a integrar dentro de su estrategia y estructuras internas, a fin de dar cumplimiento a las leyes o bien poder protegerse ante situaciones de riesgo, que pondrían en serios problemas la estabilidad y continuidad de la actividad de la organización”⁴.

Aspecto penal del Compliance: EL “CRIMINAL COMPLIANCE”

Por supuesto, esa auto regulación conlleva no sólo el cumplimiento de una norma única, genérica o particular, ni siquiera de pocas disposiciones, sino generalmente de una gran cantidad de leyes y normas jurídicas, prácticamente de todo un marco normativo interno, generalmente muy complejo, según las actividades a que se dedique la empresa, que pueden ser muy variadas y que requieren de profesionales especializados en Compliance, y, en relación específicamente al área penal, de expertos especializados en Criminal Compliance, en prevención de delitos. Los cuales, por cierto, no abundan en Venezuela. Con ese objetivo, de evitar la delincuencia empresarial, la organización establece un programa normativo, que consiste en un documento o reglamento contentivo de las normas pertinentes que deben acatar y respetar sus empleados, conocido como “corporate compliance program”, que constituyen una especie de modelos de las conductas individuales y colectivas, que deben seguir los ejecutivos de la empresa.

El Criminal Compliance se aparta así del Derecho Penal tradicional, para centrarse en la prevención de delitos y de situaciones de peligro, por parte de las personas jurídicas y de sus representantes, adaptándose a la realidad actual, de un mundo cada vez más desarrollado y modernizado, globalizado, liberal, de libre mercado y competitivo, dirigido por corporaciones y grupos financieros, pero dentro de unos parámetros y principios éticos empresariales, que deben ser acatados, respetados y cumplidos, para evitar sanciones. Adelantándose así a la perpetración de los hechos punibles con medidas preventivas, tratando de frustrar en lo posible su ejecución, disminuyendo así los riesgos tolerados y el peligro permitido, al establecer un programa de control de riesgos, que impide la elevación o expansión de los mismos, garantizando también una mayor eficiencia de la empresa. La idea es buscar y establecer todas las vías alternativas posibles para evitar la punición, ya que eso sería muy perjudicial para la empresa y para sus ejecutivos.

Para resaltar la necesidad e importancia de establecer un programa de Criminal Compliance, por razones financieras y de prestigio empresarial, citaré sólo algu-

nos casos de sanciones e indemnizaciones impuestas a grandes compañías: En 2013, la multinacional Johnson & Johnson, fue multada con US \$ 2.200 millones, por entregar información errónea de medicamentos y realizar sobornos para promover sus ventas. El banco norteamericano JP Morgan, fue multado con US \$ 13.000 millones, por desinformar a los bancos hipotecarios Fannie Mae y Freddie Mac, sobre la calidad de los activos que les vendió, antes del estallido de la burbuja hipotecaria. Varios bancos suizos deberán pagar a USA 1.000 millones de US \$, por guardar recursos de ciudadanos estadounidenses, que evadieron impuestos en cuentas secretas. En Ecuador, Chevron fue multada con US \$ 8.646 millones, por daños al medio ambiente. En Colombia, la empresa Claro de Carlos Slim, fue multada con \$ 87.750 millones de pesos, por abuso de posición dominante, infracciones a la libre competencia y violación del régimen de portabilidad numérica. En Argentina multaron a Household International Inc, una empresa perteneciente al grupo HSBC, con la cantidad de US \$ 2.460 millones, por violar las leyes del mercado de valores (el banco también fue multado, por no informar sobre un posible caso de lavado de activos). España también multó a ese banco, por infringir normas contra el lavado de activos, con US \$ 2,7 millones. Brasil impuso multas de US \$ 124 millones a cuatro aerolíneas, por formar un cartel para fijar precios. En 2014, la segunda mayor empresa tabacalera de los Estados Unidos, Reynolds Tobacco Company, fue condenada a pagar una indemnización de US \$ 23.600 millones a una viuda Precisamente en estos días, mayo de 2019, un jurado de California, ordenó a la compañía Bayer, propietaria de la empresa Monsanto, el pago de más de US 2.000 millones a una pareja, porque uno de sus productos, el químico conocido como glifosato, ingrediente del pesticida o herbicida “Roundup”, supuestamente les provocó cáncer en el tejido o sistema linfático (Linfoma no Hodgkin)⁵. Aunque esas cantidades no son normalmente definitivas, ya que las indemnizaciones acordadas inicialmente por los Tribunales, generalmente son reducidas en las apelaciones que las empresas hacen de esas decisiones, no dejan de ser sumamente cuantiosas y algunas de ellas evitables, y a más de una corporación la ha llevado a la quiebra⁶. Riesgos esos que al menos se reducen, con la implementación de un buen y estricto programa de cumplimiento normativo.

Objetivos del *Criminal Compliance*

Las finalidades u objetivos de los programas de cumplimiento normativo, son los siguientes:

- 1) en primer lugar, prevenir y evitar las infracciones a las normas, especialmente las que constituyen hechos punibles, por parte de empleados de la empresa.
- 2) En segundo término, para el caso de que, a pesar de todas las medidas preventivas que tome la empresa, algún directivo o empleado cometa alguna infracción legal, el Criminal Compliance debe tener los mecanismos de control necesarios, para detectar de inmediato dicha infracción.
- 3) En tercer lugar, además de las medidas disciplinarias y sancionatorias que tome internamente la empresa, también es necesario informar a las autoridades competentes acerca de la infracción detectada y colaborar activamente en la investigación. Es lo que algunos han llamado el principio de la lealtad o fidelidad al derecho, planteado por Lon Fuller entre 1956 y 1957, en los famosos debates que él y Herbet Hart, escenificaron en la Universidad de Harvard⁷.

La importancia que está adquiriendo el Compliance es tal, que existe incluso la tendencia en algunas legislaciones, de propiciar la atenuación e incluso la exención, de la responsabilidad de la persona jurídica, en los casos en que se demuestre la existencia del Compliance y el cumplimiento por parte de la organización infractora, de todas las normas exigidas. De manera que el objetivo o finalidad del Compliance es, en primer lugar, el evitar que se considere responsable a la organización del eventual daño causado, en segundo lugar, el minimizar dicha responsabilidad reduciéndola lo más posible, a una simple infracción administrativa o, cuando más, civil, y en tercer lugar, impedir que se llegue a considerar que la empresa o sus directivos, hayan cometido un hecho punible, y que la responsabilidad sea criminal, por todas las implicaciones y consecuencias que le acarrearía a la empresa y a sus representantes, la imposición de sanciones penales.

Por ello, en el plano jurídico penal y para evitar posibles sanciones, es absolutamente necesario el establecer todos los mecanismos y controles internos, que prevengan el que las personas que dirigen una determinada sociedad, perpetren alguna acción u omisión, que pueda constituir un delito, tanto en beneficio del agente como en el de la empresa. Con el objeto de detectar lo antes posible el hecho, actuando de inmediato en consecuencia, sancionando al culpable y protegiendo así a la compañía.

Legal Compliance Officer

Para el funcionamiento adecuado y eficiente del Programa, es necesaria la figura del Legal Compliance

Officer, que es la persona responsable de supervisar y gestionar todo lo relacionado con el cumplimiento normativo. Generalmente es un profesional del derecho especializado en compliance, que se encarga de mantenerse pendiente y al día, de todas las normas y regulaciones que se vayan dictando, especialmente las que correspondan a un país determinado, pero también a nivel internacional, en relación con las actividades desarrolladas por la empresa contratante, para proponerle a la organización a la cual asesora, todas las medidas necesarias, pertinentes y adecuadas, para evitar que alguno de sus directivos, administradores o empleados en puestos relevantes, incurran en algún incumplimiento de esas normas o en algún tipo penal, así sea en beneficio de la sociedad. Entre los delitos más comunes en que podría ser señalada una empresa, encontramos los siguientes: estafas y fraudes, insolvencias punibles, contra la propiedad intelectual e industrial, contra la hacienda pública y la seguridad social, receptación y blanqueo de capitales, contra los derechos de los trabajadores, contra el medio ambiente, contra la salud pública, corrupción, cohecho, entre muchos otros.

El Legal Compliance Officer, también denominado Compliance Manager y Chief Compliance Officer (CCO), es actualmente, uno de los nuevos empleos más solicitados por las empresas a nivel internacional. Especialmente a raíz de la nueva política que se está implementando a nivel mundial, de no sólo responsabilizar al empleado que comete el delito, sino también a la empresa por no haber ejercido el debido control sobre él. Esta nueva profesión es muy compleja y requiere de profesionales muy calificados y entrenados, no sólo con respecto a los códigos (penal, procesal penal, civil, administrativo, mercantil, fiscal, tributario, así como de las normas y regulaciones municipales, nacionales e internacionales), sino también acerca de las nuevas tecnologías que surjan, de los negocios involucrados, de la base de datos y de la automatización, de las medidas de seguridad más efectivas, etc. Entre sus funciones más importantes están las siguientes: la constante observación, estudio y análisis de todos los cambios estatutarios y normativos que ocurran, para poder determinar y proponer las medidas preventivas y correctivas correspondientes, la identificación de los riesgos en que pueden incurrir la empresa y sus empleados para evitarlos, el mantener informados a la empresa y a sus directivos de los mismos y de las medidas que se están tomando, para verificar el cumplimiento y la eficacia de las mismas, el impartir cursos de formación a los directivos y a los empleados, para que conozcan y estén al día, especialmente sobre todos los cambios nor-

mativos y estatutarios que surjan, de manera que estén siempre actualizados con los procedimientos legales y apliquen todas esas normas y regulaciones. Cada vez más universidades están estableciendo cursos de postgrado en Compliance (diplomados y maestrías), y más profesionales del derecho están ofreciendo servicios de Consulting o asesoría en Criminal Compliance.

El Oficial Responsable del Programa de cumplimiento normativo debería también encargarse, de seleccionar e implementar los exámenes y tests que sean necesarios y convenientes, para descubrir y conocer la personalidad y el temperamento de los empleados de la empresa, especialmente de los de alto nivel, los que están en cargos relevantes, así como de quienes aspiran a ascender o ingresar a la misma⁸. Existen algunos tests que pueden ayudar a detectar con la mayor antelación posible, cualquier desviación o descarrío de la personalidad o del temperamento de las personas. Por otro lado, a través de las redes sociales, especialmente de Facebook e Instagram, se pueden obtener muchos datos e información que pudiera ser útil, para conocer la manera de ser de las personas a cargo de una empresa. Es igualmente importante el propiciar actividades que fomenten entre los empleados valores éticos y morales, como la lealtad y la fidelidad, la honestidad y la integridad, así como que propicien el acercamiento y las relaciones personales de amistad y compañerismo, entre los empleados y hacia la propia empresa, para crear lo que se conoce como la identidad corporativa e incrementar el principio de confianza, que debe prevalecer en toda empresa bien dirigida y administrada, que garantice la transparencia y el cumplimiento de las leyes..

Situación actual de Venezuela que dificulta mucho la implantación del *Compliance* en este momento

En Venezuela, durante los últimos 20 años (desde 1999), hemos tenido un gobierno estatista, imponiendo un sistema totalitario y socialista extremo, que ha transformado a Venezuela, del país más próspero de Latinoamérica hasta los años '90, a lo que es hoy, el más pobre del continente, con la hiperinflación más alta del mundo y con el mayor índice de corrupción del planeta. La persecución a que han sido sometidas las empresas privadas, con cierres, controles exagerados, expropiaciones (sin pago alguno la mayoría, lo que las convierte en robos descarados), decomisos ilegales de mercancías y productos, saqueos permitidos y hasta programados, amenazas y extorsiones, delincuencia desatada y sin control, etc., han ocasionado el derrumbe total de la economía venezolana y la huida

del país de más de 4 millones de sus habitantes, casi todos profesionales y técnicos calificados, muchos de ellos empresarios. Todo lo cual ha reducido al mínimo los sectores productivos, empresariales e industriales del país, situación que todos esperamos que cambie en el lapso más breve posible, para que Venezuela vuelva a transitar el camino del progreso.

Según los más reconocidos economistas⁹, la hiperinflación en Venezuela comenzó en noviembre de 2017¹⁰, hace 17 meses, cuando la inflación mensual llegó a 56,7%¹¹ y la interanual a 1.370%. En este año 2019, la inflación acumulada hasta el mes de abril se ubica en 665,9% y la interanual en 1.304.494%. Siendo, sin duda, y por muchísimo margen, la más alta del mundo. De acuerdo con las estimaciones del Fondo Monetario Internacional (FMI), la hiperinflación para finales de este año 2019 será de 10 millones por ciento¹² y la caída del producto interno bruto (PIB) de 25% adicional (el Banco Mundial prevé que la caída sea del PIB será del 27%). El PIB pasó de 280.000 millones de dólares a menos de 96.000 millones de dólares (2018) El precio de la canasta básica alimentaria familiar es de 48 salarios mínimos¹³ y la caída del poder adquisitivo del venezolano es de 94%, por ello más del 90% de los venezolanos viven en situación de pobreza, sobreviviendo muchos de ellos a duras penas, gracias a las remesas de dinero que les envían los más de 4 millones de venezolanos, que han emigrado del país en los últimos dos años. Todo ello como resultado de una pésima gestión económica durante los últimos 20 años, que llevó al gobierno de Chávez a utilizar la “estratégica” medida, de quitarle **tres ceros** a la moneda (el bolívar “fuerte”) en 2008 y a Maduro a quitarle otros **cinco ceros** en 2018 (el bolívar “soberano”¹⁴). Medidas esas que han sido catalogadas por Steve Hanke, profesor de Economía Aplicada de la Universidad Johns Hopkins, como simples “arreglos cosméticos”¹⁵ cuando lo que se necesita es un cambio total de la política económica. Imagínese que alguien tuviera un millón de euros en el año 2008, producto de su trabajo y esfuerzo, y de la noche a la mañana por decisión del gobierno, esa cantidad perdiera 3 ceros y quedara así apenas con mil euros en su cuenta. Pues luego de ese desfalco, 10 años después, en 2018, cuando esa persona logró volver a reunir ese millón de euros, llega nuevamente el gobierno y de la noche a la mañana le quita otros cinco ceros a la moneda, convirtiendo el millón de euros en un solo euro. Una economía basada en una moneda a la que la han devaluado desea manera tan brutal, quitándole 8 ceros, como funciona?, como se recupera? Como un

empresario invierte y piensa en establecer un programa de compliance? Evidentemente, hasta que no haya un gobierno serio y confiable, no van a estar dadas las condiciones en Venezuela para este tipo de programas de cumplimiento normativo, ya que las pocas empresas que no han cerrado, simplemente intentan es sobrevivir, disminuyendo los gastos lo más posible.

Venezuela es actualmente un país donde escasean las medicinas y los alimentos, un país sin casi transporte público ni privado, un país petrolero casi sin gasolina, a pesar de poseer las mayores reservas de petróleo del mundo, un país sin agua, a pesar de tener algunos de los ríos más caudalosos de Latinoamérica y el lago más grande de Suramérica, un país casi sin electricidad, a pesar de tener la tercera central hidroeléctrica más grande del mundo. Sin estar sumidos en una guerra, nuestra situación económica por las penurias que estamos pasando, es a nivel de un conflicto bélico como en Siria. El consumo ha caído o disminuido en un 87,29%, la demanda se ha contraído porque no hay poder adquisitivo, con una hiperinflación desatada, con controles de cambio y de precio que solo funcionan para devaluar la moneda, donde impera el contrabando de todo tipo de productos y la corrupción gubernamental, donde el mercado negro impone los precios, donde no hay seguridad de nada, todo es incertidumbre, donde no hay estabilidad política y el 90% de la población considera ilegítimo al gobierno y no reconoce a Maduro como presidente. Donde, según la información aportada por el primer vicepresidente de la asociación de empresarios Consecomercio, Alfonso Riera, así como por Carlos Larrazabal, presidente de la patronal Fedecámaras, a causa de las erradas políticas económicas del gobierno en los últimos 20 años, así como a otras medidas gubernamentales, han desaparecido (cerrado) más del 70% de las empresas del país, esto es, unas 400 mil empresas. Y las pocas empresas que todavía funcionan lo hacen al 10% de su capacidad instalada. Las cifras de cierre y actividad con respecto a las industrias son muy similares, según indica la asociación empresarial Conindustria.

Si comparamos las cinco peores hiperinflaciones de los últimos 100 años, antes de la venezolana, encontramos que fueron las siguientes: Hungría en 1946 (tasa de inflación diaria de 207%)¹⁶, Zimbabue en 2008 (tasa de inflación diaria de 98%)¹⁷, Yugoslavia en 1994 (tasa de inflación diaria de 65%)¹⁸, Alemania en 1923 (tasa de inflación diaria de 21%)¹⁹ y Grecia en 1944 (tasa de inflación diaria de 18%)²⁰. Venezuela va enrumada aceleradamente por ese camino, solo podría esto detenerse y cambiar, con cambios drásticos de la política

económica, que sólo serán posible con un cambio de gobierno. Actualmente, el cambio del dólar en relación con el bolívar es de unos 6 mil Bs por dólar americano. El salario mínimo mensual actual asciende a 40 mil bolívares (luego de tres aumentos en menos de un año), si a ese monto se le suma lo correspondiente al cesta ticket, (que llega a 25 mil bolívares), implica que en total, el salario mínimo mensual llega hoy en día a 65 mil Bs., que equivalen a unos 11 dólares mensuales en este momento (apenas 36 céntimos de dólar americano diarios). Lo que lo sitúa en el salario más bajo del continente y muy por debajo del límite de pobreza extrema fijado por el Banco Mundial en 1,9 dólares americanos diarios (es decir, 57 dólares americanos mensuales). Como un simple ejemplo, el salario actual de un Juez es de apenas 20 dólares americanos mensuales, poco más de medio dólar por día, menos de lo que le pagan a un profesional en Europa por una hora de trabajo. Desde hacía casi 4 años no se tenían cifras oficiales, porque el Banco Central de Venezuela (BCV) no las suministraba, sin embargo, en los últimos días finalmente lo hizo, dicen algunos expertos que por exigencia del Fondo Monetario Internacional. Aunque las cifras que dio el 29-5-2019 son muy maquilladas y no confiables, por su dependencia con el ejecutivo y su corresponsalia con el gobierno, aún así evidencian claramente la desastrosa situación económica del país, ya que reconoció una inflación de 100.000% anual, que el PIB consolidado disminuyó en 52,4% (lo que significa que se perdió la mitad de la riqueza y de toda la producción del país), el PIB de construcción disminuyó un 94,7% (es decir, no se está construyendo en el país prácticamente nada, la construcción de millones de viviendas por parte del gobierno es mentira, es un fraude), el comercio tuvo una disminución de 79,4% (mayoría de empresas cerradas y/o quebradas), actividad petrolera disminuyó un 47,5% (a la mitad de hace un año, pasando así Venezuela de ser el productor de petróleo más importante de Latinoamérica, a ocupar el cuarto puesto, después de Brasil, México y Colombia), el alquiler de viviendas subió 486.684%, y los alimentos y bebidas 143.789%, algo nunca visto, inimaginable, y eso que no son las cifras reales. El BCV también informa que la inflación ha disminuido, ya que, según ellos, pasó de 196,6% en enero de 2019 a 33,8% en abril de 2019, lo que además de no ser cierto, ya que los precios de los productos suben diariamente, duplicándose quincenalmente, lo único que indica es que el venezolano cada día tiene menos capacidad de compra, ya que se limita a subsistir y comprar lo mínimo necesario para sobrevivir.

Al desastre económico hay que sumarle también la inestabilidad política, primero por la violenta represión de las protestas opositoras desde el año 2014, la gran cantidad de presos políticos, la inhabilitación de los principales dirigentes opositores y de los partidos a los que pertenecen, especialmente desde que el 30 de julio de 2017, mediante una elección fraudulenta, el gobierno “eligió” una Asamblea Nacional Constituyente, totalmente chavista, con el principal propósito de anular y sustituir a la legítima Asamblea Nacional, electa democráticamente por el voto popular el 6 de diciembre de 2015, dominada ampliamente por la oposición. La crisis política se incrementó exponencialmente, cuando el 20 de mayo de 2018, el gobierno de Nicolás Maduro celebró otra elección fraudulenta, para reelegirse como Presidente de la República. Comicios que no fueron reconocidos por la oposición ni por la mayoría de la comunidad internacional. Por ello, cuando Maduro culminó su mandato constitucional de 6 años, el 10 de enero de este año 2019, la Asamblea Nacional consideró que a partir de esa fecha estaba usurpando el cargo de Presidente, por lo cual, al no haber Presidente electo en verdaderos comicios, por disposición del artículo 233 de la Constitución, se juramentó el 23 de enero de 2019, como Presidente Encargado, el recién electo Presidente de la Asamblea Nacional, Juan Guaidó, con el objeto de que cesara la usurpación, se constituyera un gobierno de transición y se convocara a elecciones realmente libres y democráticas. Objetivos que todavía no se han podido lograr, a pesar de haber transcurrido ya 4 meses, del respaldo mayoritario del pueblo y del reconocimiento de casi 60 países²¹, por la negativa de Maduro, respaldada principalmente por Rusia, China y Cuba, de reconocer el fraude electoral cometido, su ilegitimidad en el cargo y que la voluntad mayoritaria del pueblo es que se vaya.

Por las razones antes expuestas, actualmente apenas un puñado de empresas en Venezuela están aplicando programas de Criminal Compliance. Esto evidentemente va cambiar en un futuro muy cercano, cuando al fin el país retorne a la normalidad y se restablezca un verdadero sistema democrático, de libertades económicas, competitivo y de libre mercado. Ya los países más desarrollados del mundo, así como los organismos internacionales, han anunciado cuantiosas inversiones iniciales, de más de 60 mil millones de dólares, para impulsar el desarrollo del país en todos los órdenes, aprovechando las enormes riquezas que poseemos, por lo cual las expectativas son inmensas y los programas de cumplimiento normativo serán asumidos por la mayoría de las empresas.

Conclusiones

Aunque el Compliance implica gastos considerables para las empresas, lo cierto es que definitivamente valen la pena, porque al final del camino les evitan sanciones, daños, perjuicios, problemas, molestias y muchos dolores de cabeza, de aún mayores proporciones, de tal manera que, sin lugar a dudas, es la mejor opción para evitar o al menos disminuir, esos inconvenientes y circunstancias que eventualmente se pueden presentar. Hay que ver por lo tanto el Compliance como lo que es, como un instrumento o herramienta apropiada y eficaz para evitar y prevenir delitos, así como para establecer buenas y sanas prácticas en las compañías y corporaciones, para lograr buenos gobiernos empresariales, que alienten y propicien la lealtad, el sentido de pertenencia, la unión y la fraternidad de los empleados con las empresas, así como de éstas con ellos. Es un deber recíproco, es parte de la obligación social para con la comunidad, de la responsabilidad y la vigilancia empresarial, para no caer en lo que se ha denominado culpa in vigilando, por no haber cumplido la organización con el debido control, por haber omitido el deber de hacerlo, de establecerlo.

En consecuencia, es necesaria para las empresas la implementación del programa de Criminal Compliance y que éste no se reduzca a simplemente cumplir con la normativa mínima vigente, a lo cual ya estarían igual y legalmente obligadas por las normas correspondientes, sino que se debe ir mucho más allá. Porque, además de prevenir y detectar eficazmente las infracciones legales que puedan producirse dentro de las sociedades o como parte de las actividades que éstas realizan, también el programa debe ser económicamente viable, financieramente atractivo. Por lo tanto, los costos y gastos de implementación y mantenimiento del Criminal Compliance, deben ser inferiores a los beneficios que obtengan la empresa y sus empleados con la adaptación del programa. Sin olvidar, por supuesto, que los beneficios del programa de cumplimiento normativo no son sólo económicos, ya que con él se incrementan también la eficacia y la eficiencia en sus actividades, el prestigio de la empresa y el reconocimiento del público hacia ella.

Podríamos por lo tanto decir, siguiendo los planteamientos de Lon L. Fuller, que la idea detrás del Criminal Compliance, es convertir las conductas moral y éticamente deseables, en legalmente obligatorias para las empresas, en resguardo y protección de las propias organizaciones, de sus empleados y de la comunidad en general. Por todo ello, considero que no es utópico

pensar, que lo que se pretende establecer e imponer con el Compliance, es una cultura de la integridad empresarial, con base en estándares internacionales, ya exitosamente probados en todas partes del mundo civilizado y desarrollado.

Notas

1 Primero debido a las multas impuestas a varias compañías por actos de corrupción privada y por establecer monopolios, y posteriormente, debido a las indemnizaciones a que fueron condenadas a pagar otras empresas

2 Revista Penal No. 17 (Enero de 2006), páginas 248 a 252.

3 Ver la Conferencia Regional CRECER 2019, "Rendir Cuentas para Atraer más Inversiones Privadas hacia el Desarrollo", Costa Rica, 21-5-2019. Auspiciada por el Banco Mundial

4 Entrevista en la edición No. 877, de la Revista "La Cámara", publicación de la CCL (Cámara de Comercio de Lima), del 6 al 12 de mayo de 2019, p. 21.

5 Es el tercer fallo en contra de Bayer por el uso de glifosato y el más cuantioso. En muchos otros países, como Colombia, también se usa. Hay miles de demandas pendientes por resolver en los Tribunales norteamericanos por ese producto.

6 Los casos de *WorldCom* (USA) en 2002, por escándalo contable y fraude, y *Parmalat* (Italia) en 2003, por fraude financiero,

7 Publicados en el *Harvard Law Review* y en el *American Journal of Jurisprudence*. Traducido al castellano en la obra HART, Herbert L.A. y FULLER, Lon L., Universidad Externado de Colombia, 2016.

8 Como es el caso de los test de integridad

9 José Guerra, Jesús Casique, Tamara Herrera y Leonar do Buniak,

10 La inflación anual comenzó a subir alarmantemente con Chávez en el 2008, cuando llegó al 16 % y luego se disparó en 2017 situándose según algunos en 1.370 % y según la Asamblea Nacional en 2.616 %. De esa época para acá ha seguido multiplicándose.

11 A partir de 50 % mensual es cuando, según los expertos, pasa de inflación a hiperinflación. Es un punto de quiebre.

12 Los empresarios participantes en el evento "Perspectivas Económicas 2019", de la Cámara Venezolana Americana (VenAmCham), son aún más pesimistas y calculan la inflación para finales de este año en más de 31 millones por ciento (31.000.000 %). Ver Diario El Universal del 26-2-2019.

13 Para una familia de 5 miembros donde todos trabajen

14 El 20-8-2018, afirmando que este "nuevo" bolívar estará respaldado por el "petro", una criptomoneda inventada por Maduro, que a su vez él asegura que está "respaldada" por las reservas petroleras del país. Ninguna de esas medidas ha funcionado.

15 Entrevista concedida al periódico New York Times

16 Los precios se duplicaban cada 15 horas

17 Los precios se duplicaban cada 25 horas

18 Los precios se duplicaban cada 34 horas

19 Los precios se duplicaban cada 3 días y 17 horas

20 Los precios se duplicaban cada 4 días y 6 horas.

21 USA, Canadá, casi todos los países de América Latina (20) y la Unión Europea, especialmente Francia, Inglaterra, Alemania y España.