

## LO QUE NO SE DICE SOBRE *CRIMINAL COMPLIANCE*

Paulo César Busato\*\*  
Prof. De Derecho penal  
Universidad Federal de Paraná

### RESUMEN

El presente artículo propone un análisis crítico de los efectos que se pretende dar al compliance en términos de responsabilidad penal de personas jurídicas. Se propone demostrar que su utilización, tal como generalmente se presenta, vacía completamente la pretensión de ejercer algún control jurídico-penal sobre las empresas.

### ABSTRACT

This article proposes a critical analysis of the intended effects and in terms of criminal liability of legal persons. It is proposed to demonstrate that its use, as it is usually presented, completely voids the claim to exercise some legal-criminal control over companies

### PALABRAS-CLAVE

Criminal compliance – responsabilidad penal de las personas jurídicas

### KEY WORDS

Criminal compliance- criminal liability of legal persons

### ÍNDICE

INTRODUCCIÓN. 1. ¿POR QUÉ Y CUANDO SE EMPIEZA A DISCUTIR SOBRE COMPLIANCE EN MATERIA CRIMINAL? 2. AUTORREGULACIÓN: EL LOBO A CUIDAR DEL GANADO. 3. LA HIPÓTESIS: EL ESCUDO Y EL IMÁN. 3.1. El silencio crítico de la infiltración del tema en el escenario jurídico-penal. 3.1.1. La primera etapa: la irrelevancia. 3.1.2. La segunda etapa: ¿hay un lugar para el compliance? 3.1.3. La tercera etapa: la cola que mueve al perro. 3.3. La cabeza de turco: un argumento subsidiario en contra de los compliance officers. 3.3.1. O que vale para ti, no vale para mi, o la transferencia unilateral de responsabilidad. 4. CONCLUSIÓN PROVISIONAL. 5. UN DISCURSO DE IGUALDAD. 6. LA PRUEBA DE LA DESIGUALDAD. REDUCTIO AD ABSURDUM. 7. UN POCO DE RAZONABILIDAD: UNA ATENUANTE DE LA PENA. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFIA.

---

\*\* El autor es profesor adjunto de Derecho penal de la Universidad Federal de Paraná, Fiscal del Ministerio Público de Paraná, Brasil, doctor en Derecho penal por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla.

## INTRODUCCIÓN.

En la actualidad resulta bastante común oír hablar de *criminal compliance*<sup>1</sup> en ambientes consagrados a estudios académicos de Derecho penal, especialmente de Derecho penal económico. La incorporación de tal discusión al ha ocurrido sin dificultad y con escasas oposiciones o críticas.

Hay muchos factores que resultan determinantes de dicha recepción, pero especialmente dos: la impresión general que el cumplimiento de las normas es algo bueno intrínsecamente, con lo cual, nada negativo puede derivar de su adopción y la incorporación por cierto sector de la doctrina del discurso jurídico-penal en clave funcionalista sistémica, que se apoya en el binomio funcionalidad/disfuncionalidad.

Ello ha contribuido para que el tema de los *criminal compliance* se incorpore como una categoría más a ser discutida en el ámbito del sistema de imputación penal, con efectos determinantes sobre la decisión respecto de la responsabilidad penal de las empresas.

En este trabajo se pretende añadir un grano de arena a la discusión, aunque quizás, por lo molesto que ciertamente representará a los defensores del *criminal compliance*, el soplo de la palabra que aquí se asume podrá llevar este grano de arena directamente a los ojos de los defensores de su aplicación tal y cómo se va asumiendo.

Se estructura un discurso crítico con base en algunas premisas fundamentales e ineludibles y se utiliza, como clave argumentativa de confirmación, el recurso retórico del *argumentum ad absurdum*, conforme se ve seguidamente.

### 1. ¿POR QUÉ Y CUANDO SE EMPIEZA A DISCUTIR SOBRE COMPLIANCE EN MATERIA CRIMINAL?

Aunque suene novedoso hablar de *compliance* en el ámbito penal, conviene acordar que en el mundo empresarial hace mucho que discute el tema<sup>2</sup>, no sólo como una medida específica para atender exigencias legales del área comercial y laboral, sino incluso como forma de proyectar la imagen de la empresa.

La idea de crear un sistema, una unidad o una consultoría encargados específicamente de recomendar procedimientos de cumplimiento de las normas y vigilar para que se atiendan a

---

<sup>1</sup> Aunque aquí se va a utilizar dicha expresión, conviene acordar que no existe propiamente un *criminal compliance*, sino la ordenación de mecanismos en cierta medida bastante antiguos, vistos a través de la mirada del Derecho penal. En ese sentido NIETO MARTÍN, Adán. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 27.

<sup>2</sup> El origen histórico constantemente referido remite a las medidas de precaución de las actividades comerciales de los bancos tomadas después de la crisis de 1929. Para detalles sobre el hecho, véase SILVEIRA, Renato de Mello Jorge y SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, pp. 247 y ss..

tales recomendaciones suena, esencialmente, como algo bueno y que, de alguna manera, más que evitar sanciones públicas o privadas a malas prácticas empresariales, tiene el valor de simbolizar un compromiso de más transparencia<sup>3</sup> de parte de la empresa con las normas que rigen su actividad.

Por ello, desde hace mucho los empresarios ya operan tales sistemas. Menos por razones vinculadas a buenas intenciones que como una forma de generar una buena imagen, que tiene sus reflejos en el ámbito de la lucratividad.

No es casualidad que Lothar Kuhlen<sup>4</sup> refiera que no se está tratando de algo absolutamente nuevo, sino de una moda, llena de anglicismos, impulsada por el sector de la consultoría, direccionado hacia el ámbito empresarial.

Sería el caso de preguntar entonces, ¿por qué sólo ahora los penalistas se han despertado para discutir el tema?

Aquí cabe establecer el primer vínculo.

Este interés súbito respecto del *compliance* que ya encuentra fuerte recepción en el escenario europeo y latinoamericano ha aparecido justamente después de que se fue incrementando la adopción de medidas penales de imputación de las personas jurídicas en especial en los países de tradición romano-germánica que desde hace siglos habían borrado tal previsión de sus ordenamientos jurídicos.

Se podría pensar que tal proceso de incremento fuera natural, una vez que el *compliance* forma parte de la vida empresarial. Pero, muy al contrario del lugar relativamente subalterno que ocupa tal unidad en el funcionamiento de una empresa, en términos jurídico-penales, el tema ha cobrado un protagonismo espectacular.

Es verdad que tales programas tienen todo el sentido en el mundo post-moderno de amplia complejidad, con un modelo económico globalizado. Pero, es posible cogitar que el interés sobre el tema en materia criminal tenga que ver con otra cosa además de la idea de transparencia en los negocios.

## 2. AUTORREGULACIÓN: EL LOBO A CUIDAR DEL GANADO.

Algo que no se puede olvidar en una visión crítica es que el *compliance* es una forma de autorregulación, lo que no deja de ser una especie de privatización de la función de prevención

---

<sup>3</sup> Al menos este es el argumento que ha justificado esencialmente medidas como el *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act* de julio del 2010, deflagrado después de la hecatombe económica del 2008.

<sup>4</sup> Cf. KUHLEN, Lothar. "Compliance y Derecho penal en Alemania", in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Victor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014, pp. 89-91.

de irregularidades<sup>5</sup>. Se suele defender que el sistema de cumplimiento debería ser el mecanismo de control social aplicable a las desviaciones penales en el ámbito empresarial. Se dice que deberíamos dar por buenos los *standards* de prevención desarrollados en la empresa.

Por muchos matices que se pueda imponer, tal opción, naturalmente, convierte la empresa en juez de si misma.

Afinal, si la descubierta de las violaciones de las reglas de cumplimiento ocurre internamente, es la misma empresa quien decide cuando hubo o no un evento digno de se noticiar a las autoridades públicas, para su persecución. Con ello, no sólo se selecciona si el delito llega o no a ser conocido por las autoridades, como también, incluso en tales casos, se establece cómo llegará, seleccionando entre los datos que se va a facilitar al Ministerio Público. Al final “quien investiga siempre tiene más posibilidades de construir la realidad tal como le conviene”<sup>6</sup>.

Por mucho que se establezca niveles de independencia de la oficina de *compliance* y de su oficial, él sigue siendo funcionario de la misma empresa o a ella subordinado, de alguna forma, aunque por contrato. Además, los mismos empleados que comunican las prácticas eventualmente delictivas, los llamados *whistleblowers*, igualmente estarían subordinados a la empresa.

El problema es que en ninguna propuesta de autorregulación queda claro porque se puede esperar mejores resultados en los déficits de observancia de las normas a partir de estas fórmulas, cuando se les compara con fórmulas de heterorregulación<sup>7</sup> e incluso no se puede siquiera afirmar que es realmente legítima tal delegación<sup>8</sup>. Al final, resulta bastante claro que “el sistema privado y el estatal de control tienen, en parte, objetivos distintos”<sup>9</sup>.

Ni cabe decir que detener el control sobre la investigación no es el objetivo empresarial, porque ya se ha apurado, entre las empresas, una firme oposición a que exista contacto directo

---

<sup>5</sup> La afirmación es de BLUMENBERG, Axel-Dirk y GARCÍA-MORENO, Beatriz. “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014, p. 273, que aparece también en SIEBER, Ulrich. “Programas de ‘compliance’ en el Derecho penal de la empresa”, in *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 63.

<sup>6</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales...cit., p. 48.

<sup>7</sup> La crítica aparece en KUHLEN, Lothar. “*Compliance* y Derecho penal en Alemania”...cit., p. 102. También en contra del esquema de autorregulación, ORTIZ URBINA DE GUIMENO, Íñigo. “Sanciones penales contra empresas en España (Hispanica societates delinquere potest)”, in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 267 y ss.

<sup>8</sup> Este punto también se cuestiona en KUHLEN, Lothar. “*Compliance* y Derecho penal en Alemania”...cit., p. 106.

<sup>9</sup> Cf. SIEBER, Ulrich. “Programas de ‘compliance’...cit., p. 100.

entre los *whistleblowers* y las autoridades públicas<sup>10</sup>, exactamente porque ello representa la subtracción del control empresarial sobre lo que se debe comunicar a los agentes de persecución. El argumento manejado por los empresarios es que la posibilidad de contacto directo erosiona la importancia de la estructura de cumplimiento interna, dificultando la futura detección y disuasión de fraudes corporativas. El contenido no confesado es la pretensión de control sobre lo que se lleva a las autoridades públicas, que pone la empresa en posición de enorme ventaja<sup>11</sup>.

Su faz más perversa aparece cuando se habla abiertamente en la posibilidad de burlar el control judicial de la apuración probatoria y de explotar, casi en una forma de tortura psicológica, por la presión del despido, a la persona del *whistleblower*<sup>12</sup>.

Es decir, se puede afirmar que el cambio de la heterorregulación por autorregulación conduce a una burla preliminar de la responsabilidad penal y del control judicial en una verdadera “privatización del proceso penal”<sup>13</sup>.

Por ello, parece carecer de poder de convencimiento la opción por la autorregulación como mejor fórmula de enfrentar a la criminalidad de la empresa<sup>14</sup>.

La clave de la cuestión es que si pensamos que al Derecho penal – y por ello, al Estado – incumbe lidiar con los ataques más graves a los bienes jurídicos más importantes para el desarrollo social de las personas, no parece lógico, teniendo en cuenta que muchos de los casos más graves de ofensas a bienes jurídicos de los últimos tiempos tienen relación con las personas jurídicas, que se entregue a ellas mismas la posibilidad de definir que pruebas se va a recoger para la apuración de responsabilidad en tales casos.

---

<sup>10</sup> La SEC (Securities and Exchange Commission) de los Estados Unidos de Norte América, propuso la discusión de un catálogo de reglas para el *whistleblowing*, el cual ha sido sometido a discusión pública. El tema más polémico ha sido precisamente la posibilidad de que los *whistleblowers* pudieran comunicarse directamente con la SEC, sin pasar por el ámbito interno del *Compliance Office*. Las entidades financieras se han manifestado de modo unánime en contra de la medida, pretendiendo obligar a los *whistleblowers* a pasar antes por la entidad interna (*Compliance Office*), para sólo después proceder a la denuncia al órgano gubernamental. La información consta en detalle en GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. “El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*”, in *Criminalidad de Empresa y Compliance “Prevención y Reacciones Corporativas”*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013, p. 139.

<sup>11</sup> BLUMENBERG, Axel-Dirk e GARCÍA-MORENO, Beatriz. “Retos prácticos...cit.”, p. 289.

<sup>12</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales...cit.”, p. 47. Además, hay que poner de relieve que, a veces, el mismo *whistleblower* está implicado en el evento delictivo y la estructura del régimen interno de *compliance*, en su investigación, no está sometida a los límites penales del *nemo tenetur se detegere*. El alerta aparece en KUHLEN, Lothar. “*Compliance* y Derecho penal en Alemania”...cit., pp. 109-110.

<sup>13</sup> La expresión es de BLUMENBERG, Axel-Dirk e GARCÍA-MORENO, Beatriz. “Retos prácticos...cit.”, p. 293.

<sup>14</sup> Para un análisis completa de los “espacios de libertad”, aunque el autor adopte una posición diversa de la que aquí se asume, véase SIEBER, Ulrich. “Programas de ‘compliance’...cit.”, pp. 77-82.

### 3. LA HIPÓTESIS: EL ESCUDO Y EL IMÁN.

Lo que quiero decir es que el *compliance* es un instrumento de control social. Funciona en el ámbito empresarial, pero es una forma de control para producir efectos de cumplimiento general de las normas, lo que representa un resultado que interesa colectivamente a la sociedad. Lo que no es admisible, es convertirlo en un instrumento desviado de tal rol de interés colectivo, facilitador del alejamiento de la responsabilidad criminal por resultados socialmente desvalorados. Ello ya ha sido planteado<sup>15</sup> incluso bajo el argumento de que, una vez implantada la estructura de un sistema de cumplimiento en la empresa, se debe tolerar cierto índice de daño criminal provocado por la actividad empresarial, sin reacción del sistema jurídico penal, en aras de permitir el progreso de la sociedad.

Mi hipótesis, en este trabajo, es que la introducción del tema del *compliance* en materia criminal tuvo dos claros objetivos: el primero y principal, funcionar como un escudo para evitar la responsabilidad penal de los entes colectivos; el segundo y subsidiario, operar como un imán a atraer para sus controladores la eventual responsabilidad penal remanente de los directivos o socios de las empresas.

En los epígrafes siguientes, intentaré desarrollar esta hipótesis a partir de argumentos apoyados en algunas evidencias que devienen del análisis de la doctrina y jurisprudencia sobre el tema hasta la fecha.

#### 3.1. El silencio crítico de la infiltración del tema en el escenario jurídico-penal.

Una mirada atenta en la evolución del Derecho penal en el tema de la responsabilidad penal de personas jurídicas puede revelar como el *compliance* se ha ido infiltrando en la discusión penal, siempre al borde de una discusión clara respecto de su real función en el sistema de esta clase de imputación. En estos términos se puede hablar paradójicamente de un elocuente silencio.

##### 3.1.1. La primera etapa: la irrelevancia.

De forma general, desde mediados de los años 80, primero en Francia, y luego en otros países claves europeos con perfil de Derecho continental, el sistema legislativo ha pasado a adoptar la responsabilidad penal de personas jurídicas.

Ello devino, ciertamente, de una realidad criminológica y político-criminal en la cual no se puede obviar que algunos de los principales problemas de Derecho penal, especialmente de Derecho penal económico involucraban inapelablemente a las personas jurídicas.

---

<sup>15</sup> Esta es la opinión de BOCK, Dennis. “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa”, in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 112.

Pero, la implantación del sistema de responsabilidad penal para corporaciones no vino aparejado con una discusión correspondiente respecto del *compliance*.

La razón es elemental.

Si es que se trata de reconocer un delito, siempre estará presente – por exigencias de legalidad – la violación de una norma. Así, si el objetivo del sistema de *compliance* es precisamente generar una cultura de cumplimiento normativo, la misma ocurrencia del evento delictivo es el atestado empírico o de su irrelevancia o de su ineficacia.

El tema central que ocupaba a los penalistas entonces, era, por un lado, si la opción legislativa de adopción de una responsabilidad penal de corporaciones era algo positivo y por otra parte, una vez admitida, cual sería la naturaleza jurídica de las sanciones correspondientes.

Se discutía si se podría hablar realmente de una responsabilidad penal de personas jurídicas y si las sanciones eventualmente aplicadas efectivamente tenían el carácter de penas o se más bien figuraban como medidas de seguridad.

De todos modos, se puede afirmar que había incertidumbre respecto de existir efectivamente la responsabilidad penal de personas jurídicas. Y no se discutía, siquiera se hablaba, sobre el *compliance*.

### **3.1.2. La segunda etapa: ¿hay un lugar para el compliance?**

En la etapa siguiente, varios ordenamientos jurídicos adoptaran la responsabilidad penal de personas jurídicas de modo expreso e inequívoco, afirmando categóricamente la imputación dirigida hacia ellas, con mayor o menor fortuna. La responsabilidad penal de personas jurídicas ha sido implantada, por ejemplo, en Francia, Italia, Holanda, España y muchos otros países europeos de tradición germánica. Incluso en Alemania, en donde existe un Derecho Administrativo muy fuerte, cada vez más aumenta la presión en el sentido de creación de responsabilidad penal de las mismas personas jurídicas<sup>16</sup>.

Finalmente el bastión dogmático ha cedido paso a la realidad criminológica y a la necesidad político criminal de implantar la responsabilidad penal de las personas jurídicas sin medias palabras.

La discusión técnico-jurídica, entonces, ha cambiado de eje.

Ya no se trataba más de una discusión acerca del si, sino que se trataba ya de una discusión acerca del cómo de la responsabilidad penal de las corporaciones.

---

<sup>16</sup> Así reconoce KUHLEN, Lothar. “*Compliance* y Derecho penal en Alemania”...cit., p. 99. Ya se admite, en la doctrina europea, incluso alemana, que frente a la responsabilidad penal de personas jurídicas no es oponible ningún obstáculo dogmático insuperable. La opinión es de KUDLICH, Hans. “*?Compliance* mediante la punibilidad de personas jurídicas?”. in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 289.



Se pasó a discutir como se habría de interpretar la forma de la responsabilidad penal establecida por los Códigos penales para las personas colectivas, teniendo en cuenta, especialmente, las específicas fórmulas previstas en la ley de cada país<sup>17</sup>. La cuestión era saber si la ley efectivamente establecía un modelo de responsabilidad penal directa e independiente de las personas físicas.

Naturalmente, no se podría avanzar en dirección de tal clase de responsabilidad si tener en cuenta la existencia de una estructura básica de imputación dibujada teniendo por blanco las personas físicas, que demandaba cierto desenganche con una responsabilidad penal de personas jurídicas.

Los problemas clásicos apuntados han sido relativos a la acción, la voluntad como elemento del dolo y la culpabilidad.

Las opciones de enfrentamiento de los problemas han sido muy variadas, desde la adaptación de las categorías delictivas clásicas a la realidad de las personas jurídicas, hasta la composición de un sistema de imputación bifronte, en el cual el dibujo de la responsabilidad penal de personas jurídicas obedece criterios propios y distintos de la de las personas físicas, como puede ser el proyecto de David Baigún en Argentina<sup>18</sup>.

La clave de discusión ha pasado entonces a otros puntos.

¿Realmente se trataba de una responsabilidad de las mismas personas jurídicas o de una transferencia de responsabilidad de personas físicas hacia personas jurídicas? ¿Era posible decir que realmente se asumía una responsabilidad propia, exclusiva de las personas jurídicas? ¿O es que solamente se trata tan sólo de un caso de transferencia de responsabilidad, más cercano a las fórmulas pragmáticas del derecho anglosajón?

Se llegó, en algunos lugares, como en España, a hablar de un sistema 'mixto'<sup>19</sup> una vez que se prevía en un párrafo una forma de autorresponsabilidad y en otro, una forma de heterorresponsabilidad.

Pero, ello no es aceptable, una vez que detrás de la expresión 'modelo mixto', no está más que un intento de ocultar o disfrazar su realidad. En la parte correspondiente a lo que sería la autorresponsabilidad, se exige, invariablemente, que la responsabilidad penal de las

---

<sup>17</sup> Un buen ejemplo es la implantación del tema en el Derecho penal español. Para un buen panorama sobre la discusión véase GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *"El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango". Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca.* (coords. J L Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, *pássim*.

<sup>18</sup> Véase a respecto BAIGÚN, David. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Depalma, 2000.

<sup>19</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español" in *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma.* [Jesús María Silva Sánchez – dir.]. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2012, p. 62 y NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo.* Madrid: Iustel, 2008, p. 85.



personas jurídicas dependa del llamado hecho de conexión, que no es más que conductas de personas físicas, vinculadas a la persona jurídica. El hecho de conexión es una fórmula de transferencia que compone, en realidad, una heterorresponsabilidad.

De todos modos, ya no se podría más discutir el "si" de la responsabilidad penal de los entes colectivos, sino simplemente el "cómo" o, sus fundamentos.

El eje de la discusión se ha trasladado para el ámbito de la autorresponsabilidad frente a la heterorresponsabilidad.

La mirada al pragmatismo anglosajón, que hizo saltar mucho antes del amanecer del siglo XX la responsabilidad de los entes colectivos, no ofrecía luces para el tema. Es que tal estructura se basaba, por una parte, en la influencia de las tesis organicistas de Gierke y, por otra, en dos tesis incompatibles con las bases de la dogmática clásica alemana: la primera, la importación de la teoría civilista del *respodet superior*, que suponía transferir la responsabilidad de una persona a otra; la segunda, la construcción de la llamada *strict liability*, que era una forma de responsabilidad penal sin elemento subjetivo.

Nuestro entorno, en cambio, influenciado por un lado por la prevalencia de la tesis de la ficción de Savigny y, por otra, de una construcción dogmática influida especialmente por la consideración de la acción como un dato ontológico vinculado a una finalidad subjetiva individual e intrínseca, tenía pocas opciones: o se trataba de construir una fórmula propia de autorresponsabilidad, o se trataba de admitir la heteroresponsabilidad mediante un abandono concreto no sólo de las bases dogmáticas, sino de la misma afirmación de la culpabilidad como garantía, expresada en la responsabilidad penal subjetiva.

En aras de dar cabida a una interpretación en favor de una supuesta autorresponsabilidad, cierto sector de la doctrina<sup>20</sup>, evidentemente influenciado por la dinámica del funcionalismo sistémico y por el binomio funcionalidad/desfuncionalidad del sistema en relación con el entorno, propia de los sistemas sociales autopoieticos<sup>21</sup>, pasó a defender que la responsabilidad de la empresa en estos casos derivaría de que ésta, en su actividad, ha presentado un defecto de organización, que es lo que permitiría que sus agentes actuasen de manera delictiva.

---

<sup>20</sup> Puede muy bien representar dicho sector la figura de Carlos Gómez-Jara Díez, quizás el que más se ha dedicado monográficamente al tema. Entre sus trabajos más importantes figuran GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Aranzadi, 2012; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial: Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ara Editores, 2010; GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006 y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005. En Brasil, se ha publicado GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

<sup>21</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

En la base de este planteamiento se encuentra la idea de que la responsabilidad de una persona – sea física o jurídica, ya que ambos son sistemas, sea psico-físicos o jurídicos – deriva de la quiebra de las expectativas sociales (del entorno) respecto a la forma como estas personas se organizan como sistemas.

De ello deviene que la responsabilidad de las personas jurídicas sería una responsabilidad – igual que a de las personas físicas – por un defecto en su organización. El defecto de la organización de la persona jurídica sería lo que, a la sazón, justificaria su responsabilidad por lo que realizara, físicamente, su empleado.

Con ello, se pretende sostener que se estaría preservando la idea de autorresponsabilidad, es decir, de culpa por el injusto de uno mismo, sin cualquier clase de transferencia de culpabilidad<sup>22</sup>. Hubo quien<sup>23</sup>, a partir de ello, propusiera la exclusión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con la simple implantación de los programas de *compliance*.

---

<sup>22</sup> Así refiere expresamente Carlos Gómez-Jara Díez in GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Tratado...cit.*, p. 135 Importa destacar que la idea de defecto de la organización ha recorrido históricamente un largo camino en el Derecho penal económico, con relación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, empezando por la culpabilidad por defecto en la organización hasta llegar a la propuesta constructivista de Carlos Gomez-Jara Díez en donde, finalmente, se considera el *compliance* como un complemento. Para un amplio panorama de la discusión sobre el defecto de organización como fuente de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, especialmente como fundamento de la culpabilidad véase BUSCH, Richard. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Weiche, 1933, p. 181; SCHROTH, Hans-Juergen. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher, 1993, específicamente pp. 203 y ss.; HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas. Tomo III*. Trad. de Patricia Ziffer, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002, pp. 109 y ss; HAFTER, Ernst. *Die Delikts-und Straffhigkeit der Personenverbände*. Berlin: Springer, 1903, pp. 94 y ss.; EHRHARDT, Anne. *Unternehmendelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994, p. 186 y ss.; LAMPE, Ernst J.. "Systemunrecht und Unrechtssysteme" in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n° 106, Berlin: Walter de Gruyter, 1994, p. 683 y ss.; HEINE, Günter. "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?", in *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1998, pp. 187-191; DANNECKER, Gerhard. "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 112 y ss.; DANNECKER, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Revista Penal* n. 7. Salamanca: La Ley, 2001, especialmente pp. 47-48; y finalmente, la fórmula más conocida en TIEDEMANN, Klaus. "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", in *Neue Juristische Wochenschrift*. Frankfurt am Main: C. H. Beck, 1988, pp. 1169 y ss. Hay versión española como TIEDEMANN, Klaus. "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos", in *Revista Jurídica de Buenos Aires*, vol. 2, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988, pp. 11 y ss., especialmente, pp. 28-30.

<sup>23</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El sistema de responsabilidad penal...cit.", p. 50.

Además de las más evidentes oposiciones que se puede hacer a este planteamiento desde el punto de vista político criminal y de fundamentos – una vez que el modelo funcionalista sistémico hunde completamente la posibilidad de crítica intrasistémica y no acaba de dar cuenta del significado social de los hechos –, lo que importa destacar aquí es a que conduce este discurso.

Con base en la idea defendida – conviene repetir – por un estrecho, aunque muy interesado, sector de la doctrina, de que una mala organización de la empresa podría justificar su responsabilidad directa en el ámbito penal, se abría paso para sostener justo lo contrario. Es decir: si la mala organización implica responsabilidad, es posible obviar dicha responsabilidad a partir de una 'buena organización. Y la 'buena organización' sólo podría tener, en términos empresariales, una fórmula: la que era utilizada ya hacía mucho, los sistemas de cumplimiento.

Ahí estaba depositada la 'semilla' de la discusión respecto del *compliance* en el ámbito de la imputación jurídico-penal de las empresas.

No se puede pasar por alto, de todos modos, que en ese momento, los sistemas de cumplimiento no eran algo completamente exento de trascendencia en materia jurídico penal en algunos países, una vez que se le reconocía casi como un arrepentimiento posterior, para fines de minimizar las penas<sup>24</sup>. Esta fórmula es parcialmente adoptada en la ley italiana, conforme se ve en el art. 12 del D. Leg. 231 de 8 de junio de 2001, pero, tan sólo para fines de reducción de la pena pecuniaria, en donde se afirma que “será reducida entre un tercio hasta mitad si, antes de la declaración de apertura del debate de primera instancia: a) el ente ha indenizado integralmente el daño, e ha eliminado las consecuencias lesivas o peligrosas del daño, o si ha actuado eficazmente en este sentido; b) si ha adoptado, y volvió operativo, un modelo organizativo idóneo para prevenir delitos de la clase de aquél que se ha verificado”<sup>25</sup>.

Si se tiene en cuenta que las penas se basan en aspectos exclusivamente preventivos, sin duda que, con carácter de prevención especial hace sentido decir que, una vez establecido un sistema de *compliance* con la atención volcada al mismo delito que se castiga, la evitación de posible reincidencia tiene un valor justificante de un decote en los castigos.

La necesidad de creación de una organización preventiva de delito (un sistema de cumplimiento) *a posteriori* de lo que es el evento delictivo es algo reclamado incluso pela misma lógica.

Pero, de ello no cabe sacar ninguna otra conclusión.

---

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, en el Código penal español del 2010, como atenuante de las penas en el apartado 4, letra 'd' del art. 31-bis (Sobre ello, citando especialmente la expresa manifestación en este sentido de la Circular 1/2011 de La Fiscalía General del Estado GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", ...*cit.*, pp. 1041) que, en alguna medida también era inspirado por las *sentencing guidelines* del derecho estadounidense.

<sup>25</sup> Cf. SIEBER, Ulrich. “Programas de ‘compliance’ ...*cit.*, p. 64.

Una visión apresurada del tema podría llevar a plantearse que si el *compliance* posterior al hecho delictivo sirve para compensar parte de la pena, su implantación antes del delito debería de tener el correspondiente efecto para la misma imputación.

El silogismo es simplemente falso. Decir que el *compliance a posteriori* debe de tener efectos con relación a la sanción penal no exige que un *compliance* anterior genere cualquier clase de efectos, incluso porqué, el mismo delito es prueba contundente de la irrelevancia o ineficacia de los mecanismos de cumplimiento que se hubiera organizado con anterioridad a su acaecimiento. Tanto es así que lo exigible para la reducción de pena es un *compliance* al menos potencialmente capaz de evitar nuevas ocurrencias delictivas, lo que implica decir que tiene que ser – caso existiera uno con antelación al delito – esencialmente diferente de aquél.

De todos modos, conviene poner de relieve que la ubicación de la discusión en términos de medida de la pena, no ha sido un obstáculo suficiente para que cierta corriente de pensamiento difundiera la idea central de que un sistema de *compliance* debería tener importancia en la imputación penal de personas jurídicas.

### 3.1.3. La tercera etapa: la cola que mueve al perro.

Poco a poco, sea por infiltración jurisprudencial, sea por influencia de masiva producción doctrinal alrededor del tema, el hecho es que finalmente se ha infiltrado concretamente el *compliance* en el campo de la imputación de las personas jurídicas, llegando incluso a ser incorporado por alguna legislación<sup>26</sup>. El *compliance* ya no es más una discusión marginal a la responsabilidad penal de personas jurídicas, sino que se convierte en el mismo eje de su definición, hasta el punto en que mas recientemente, la doctrina se ha ocupado mucho más de discutir el *compliance* que la misma responsabilidad penal de las empresas.

En otras palabras: La discusión sobre *compliance* es tan decisiva, que el esfuerzo doctrinal se ha volcado en definir los patrones de eficacia de los sistemas de cumplimiento, la distribución de las exigencias según el rango de las empresas, la competencia respecto de los deberes de fiscalización del cumplimiento, el establecimiento de las posiciones de garantía, etc.. Han quedado para un segundo plano las cuestiones centrales sobre la auto o heterorresponsabilidad, el hecho de conexión, la acción, la culpabilidad (sea como elemento del delito o como principio) de las personas jurídicas. Hay una completa inversión de la trascendencia de las discusiones jurídicas, como si la cola fuera la que moviera al perro y no al revés.

---

<sup>26</sup> Véase, como ejemplo de ello el art. 31-bis del Código penal español del 2015, al cual el *compliance* se incorpora definitivamente en los párrafos 2 y 4 como forma de exclusión de la misma responsabilidad. En Suiza, se utiliza el *compliance* como medida del patrón de organización exigible para la imputación penal de las corporaciones.

Y no sólo el *compliance* ha cobrado protagonismo, sino que se ha convertido en verdadera válvula de salida de la responsabilidad penal.

El mismísimo sector doctrinal que, en su momento, ha defendido la inclusión del tema del *compliance* en el ámbito de imputación y ya no sólo en el ámbito de la pena, ahora trata de avanzar hasta sostener que la presencia de un sistema de cumplimiento previo al delito que fuera 'efectivo' – sea lo que sea que se quiera decir con eso, teniendo en cuenta que el delito, al final, ocurrió<sup>27</sup> - debería representar ya no una mera eximente, sino la misma ausencia de tipicidad. La idea es que, “el injusto mismo de la persona jurídica viene determinado por el defecto en la organización de la persona jurídica”<sup>28</sup> y se mide según tal defecto haya generado un riesgo mas allá del permitido y por su realización en el resultado<sup>29</sup>.

Con ello, surge un importante rol para el *compliance*, pues si los patrones (*standards*) de conformidad de los sistemas de cumplimiento de las empresas son adecuados *ex ante* para promover la evitación de resultados delictivos, no existe siquiera tipicidad.

La base de tal argumento consiste en decir que si la responsabilidad penal de la empresa deriva de un defecto en su organización, una vez que la actuación física es realizada por sus empleados, sin la presencia de tal defecto, no cabe siquiera hablar en cualquier clase de 'actuación delictiva' de la persona jurídica, es decir, no cabe decir que ha realizado el injusto típico<sup>30</sup>. Se pretende que, en la medida que se reconozca que el delito de la persona jurídica sólo se puede realizar a través de un defecto de la organización, cuando tal defecto no esté presente, no se pueda reconocer que ha realizado el mismo ilícito.

En complemento, se pretende aún que la ausencia de defecto de la organización sea representada únicamente por la presencia, eso sí, previa al delito, de un sistema de cumplimiento 'efectivo' para evitarlo. La conclusión obligada es que si el delito se produjo ya no ha sido por un fallo que compete a la empresa, que se ha organizado correctamente, sino a la iniciativa individual de alguno de sus empleados, que deben de responder por ello individualmente. El *compliance* funcionaría como una especie de defensa anticipada de la empresa para impedir cualquier clase de responsabilidad por hechos que sucedieran después.

---

<sup>27</sup> “[...] la existencia de un modelo de organización y funcionamiento 'eficaz, según señala la norma, tendrá virtudes exculpantes, a pesar de que la mejor prueba de la ineficacia sea, precisamente, que no se ha impedido la comisión de un delito”. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", *in Comentario a la reforma penal de 2015* [Gonzalo Quintero Olivares – dir.]. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, p. 86.

<sup>28</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Tratado...cit.*, p. 141.

<sup>29</sup> Cf. *idem*, p. 141.

<sup>30</sup> En ese sentido, SILVEIRA, Renato de Mello Jorge y SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e lei anticorrupção...cit.*, p. 147.

La dinámica propuesta cambia otra vez la pregunta, que ya no es ni 'si' hay responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino ¿'cuando' se puede imponer a una persona jurídica su responsabilidad penal?

Aunque el *compliance* se haya convertido en un aspecto central de la discusión sobre la imputación penal de personas jurídicas, ello no quiere decir que se pueda abandonar la clave crítica respecto de su recepción.

Es decir, antes de discutir el alcance o los efectos que debe de tener el *compliance* respecto de la responsabilidad penal de personas jurídicas, hace falta tener claro de que clase de responsabilidad se está hablando. Es decir: en qué medida se puede hablar de autorresponsabilidad de las personas jurídicas; si la responsabilidad penal de las personas jurídicas efectivamente se puede basar en una idea de defecto de la organización; qué representa en el sistema de imputación a las personas jurídicas el hecho de conexión y como se dá dicha conexión. Sin respuestas claras a estas preguntas previas, difícilmente se podría dar una interpretación en clave de razonabilidad a los efectos jurídicos del *compliance*.

En resumen: no se puede criticar el continente a partir del contenido.

Si uno ya se lanza a discutir qué efectos tiene el *compliance* en términos de exclusión de la responsabilidad penal de las empresas, dá por sentado ya que su imputación se basa en el defecto de organización, sin lugar a discusiones.

Naturalmente, existe aquí un grave error.

Es que la naturaleza jurídica del instituto – si eximente, justificante, exculpante o causa de atipicidad – tiene estrecha relación con el deber de probar.

Aunque sea discutible la vinculación entre el deber de probar y determinado elemento del concepto de delito, siendo perfectamente asumible un deber general de la acusación de probar la culpa del reo más allá de cualquier duda razonable, hay matices de imposición necesaria.

Es que mientras la tipicidad ya está definida en la ley como el contenido del prohibido, del cual se extrae la base para iniciar la persecución penal, lo mismo no se puede decir de los demás elementos del delito.

Al dar inicio a un proceso penal, el fiscal debe, obviamente, tener elementos que demuestren que están cumplidos los elementos del tipo y la prueba que le llega a las manos no debe presentar, por si misma, ningún elemento de exclusión, es decir, no debe de estar presente ningún elemento negativo del tipo, ni alguna causa de justificación o exculpación. Una vez que esté, ni siquiera cabe abrir procedimiento, sino que incumbe proceder al sobreseimiento.

Pero, una vez iniciada la producción probatoria en el proceso, si no se saca evidencias respecto de que esté presente una justificación o exculpación, no compite a la acusación

proceder la prueba de que cada una de las hipótesis de exención de responsabilidad "no esté presente". Exigirlo sería un completo absurdo.

Así, que se puede decir que en el 'juego' procesal, incumbe a la acusación probar, eventualmente, y como mucho, que los elementos de exención alegados por la defensa no son válidos y jamás tener que demostrar, sin provocación o indicación en ese sentido, la ausencia de las causas de exculpación o justificación.

Si ello fuera exigible, sería necesario que a cada reo que no ha alegado ser portador de cualquier enfermedad mental ni presenta apariencia de poseerla, proceder un completo examen biológico que pudiera demostrar ser él imputable. Del mismo modo, sería necesario, en un delito contra bienes jurídicos colectivos, como el fraude fiscal, cuidar de demostrar no existir la imposible figura de la legítima defensa con antelación de que la defensa lo hubiera manifestado como tesis. Todo ello es un completo absurdo.

En el caso de que nos ocupa, el tema es específicamente entender qué significa la presencia de un sistema de cumplimiento "efectivo" previo al delito.

Si lo entendemos como causa de justificación o exculpación, basta al Ministerio Público, identificando la realización de un tipo penal por persona jurídica, inexistiendo *ab initio* cualquier indicador de tal eficiencia, y siendo el mismo delito un indicador en sentido opuesto, iniciar el proceso. Una vez que la defensa pretenda demostrar que si, su sistema de cumplimiento era eficaz, pero ha sido excepcionalmente saltado, deberá presentar elementos probatorios en este sentido, los cuales deberán ser enfrentados y alejados por la acusación para poder pretender la condena de la persona jurídica.

En sentido contrario, si consideramos la eficiencia del sistema de cumplimiento un elemento negativo del tipo, la lectura de todos los tipos penales de personas jurídicas deben incluir un elemento que es su reverso, es decir, sólo se iniciaría el mismo proceso penal si la acusación lograra demostrar, por ejemplo, que un delito de polución ha sido realizado por una empresa cuyo programa de cumplimiento no ha sido efectivo.

Pero, si tenemos en cuenta que el delito en cuestión – la polución – según el principio de presunción de inocencia, no se puede reconocer como evidencia de la falta de eficiencia del sistema de cumplimiento, ¿cómo hará la acusación tal prueba?

Enfin, ¿cómo probar lo que no está?

Resultaría simplemente imposible siquiera empezar cualquier proceso penal contra empresas.

En resumen: Si a la acusación incumbe demostrar los elementos del tipo, considerar que un *compliance* eficaz es un elemento negativo del tipo impone el deber de probar su inexistencia – por paradójico que suene – una tarea asignada al Ministerio Público.

Al revés, si se considera una causa de justificación o exculpación, la cuestión probatoria se define en el proceso, a partir de las pruebas que produzcan acusación y defensa.



Como se percibe, la discusión se ha planteado en términos de definir si la implantación previa al delito de un sistema de compliance 'efectivo' es sólo una eximente o si directamente puede traducir una situación de falta de tipicidad y el tema es especialmente relevante en términos probatorios.

Naturalmente, cabería cuestionar, de entrada, ¿cómo se produce la prueba de algo que no existe?, es decir, ¿cómo se hace para producir una prueba negativa? O, si es el caso de existir un compliance ¿cómo probar que no es eficiente? La forma más obvia sería afirmar que la misma existencia del delito ya lo ha demostrado. Pero, si ello se admite, el *compliance* pasa a ser algo completamente irrelevante en todos los casos. Si se niega tal evidencia como demostración de su ineficacia, vuelve el problema de ¿cómo demostrar la incapacidad de evitar delitos si no se hace a través del mismo delito existente? La asunción de la tesis de atipicidad acarrearía, para la acusación, una prueba absolutamente imposible.

A parte, también es necesario tener en cuenta el mensaje político-criminal representado por cada categoría del delito. Es que si tratamos el *compliance* previo y efectivo como eximente, ello quiere decir que el hecho delictivo realizado es, en principio, desaprobado, salvo por la presencia de la situación excepcional representada por la implantación de dicho sistema; pero, si le tratamos como elemento de la misma tipicidad, el mensaje es otro: que la realización de cualquier tipo penal, presente un sistema de compliance previo y efectivo es algo perfectamente legal y aprobado por el ordenamiento jurídico.

Ocurre que el problema no es sólo procesal, sino de la misma lógica de imputación. Es que – como ya se puso de relieve – para admitir que la tipicidad que cabe imputar a la persona jurídica es la falta de un sistema de *compliance* efectivo, es imperativo decir que tal tipicidad consiste en un defecto de organización. Y, si estamos de acuerdo que la tipicidad de lo que hizo la persona jurídica es el defecto de organización, da igual el delito que haya sido realizado. Es decir, la responsabilidad penal de la persona jurídica será siempre invariable y consistente en la violación del mismísimo deber de cuidado: crear un sistema capaz de evitar delitos. Se podría decir que sólo habría un tipo penal que pudiera cometer la persona jurídica: no organizarse adecuadamente.

Con ello, una enorme cantidad de preguntas dogmáticas resultarían completamente sin contestación, *v.g.* ¿cómo se podría lograr separar los supuestos en concreto para fines de definir la real imputación?, ¿cómo separar delitos dolosos e imprudentes?, ¿cómo graduar, dentro de lo que son los supuestos de dolo y culpa, los subniveles de responsabilidad (dolo eventual, culpa consciente)?, ¿el resultado delictivo sería despreciable?, ¿cómo definir la tentativa de delito?, y un largo etc..

### 3.3. La cabeza de turco: un argumento subsidiario en contra de los *compliance officers*.

Al lado de lo que puede representar el mismo instituto del *compliance* como alejamiento de la responsabilidad de las personas jurídicas, también se han ocupado algunos autores<sup>31</sup> de explotar la figura del mismo *compliance officer* (oficial de cumplimiento) – que tanto puede ser un empleado o responsable de un grupo o sector de la misma empresa específicamente designado para la tarea, como alguien contratado para ello – como la persona que debe cargar con la responsabilidad por el delito realizado en el seno de una empresa cuyo sistema de cumplimiento ya se hubiera implantado con antelación.

El argumento central de tales estudios es que una vez implantado el sistema de *compliance*, las responsabilidades de fiscalización del buen funcionamiento y prevención de delitos del sector de riesgo a que se refiere se trasladan para los *compliance officers*, que son los que pasan a ocupar una especie de posición de garante.

Expresamente se dice que “la implantación de un *compliance program* eficaz *ex ante* tiene, de entrada, un efecto de exclusión de la responsabilidad para los miembros del órgano de administración de la persona jurídica”<sup>32</sup>. De ello, empero, “surgen nuevos deberes, cuya infracción puede dar lugar a la responsabilidad penal. Este es el caso, entre otros, de los *compliance officers*”<sup>33</sup>.

Defiéndose que al *compliance officer* se impone una responsabilidad omisiva por una “posible e indebida falta de contención de un curso de riesgo que se termina realizando en el resultado”<sup>34</sup> y que tal falta de contención sería indebida porque existe un deber de garantía incumplido de contención del referido riesgo, contenido en la obligación asumida por él<sup>35</sup>.

Evidentemente, se trata de una fórmula de responsabilidad por transferencia, derivada de la delegación de atribuciones que el oficial recibe del empresario<sup>36</sup>, quien, por su turno, queda, tan sólo, con una obligación subalterna de vigilancia de que el sustituto realice las misiones que le han sido atribuidas<sup>37</sup>.

---

<sup>31</sup> Véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”, in *Compliance y teoría del Derecho penal*. In [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, pássim, especialmente pp. 90-91 e BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar. “La intervención delictiva del *compliance officer*” In [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 172.

<sup>32</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”...cit., p. 103.

<sup>33</sup> Idem, p. 103.

<sup>34</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al oficial Ryan”, in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Victor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014, p. 304.

<sup>35</sup> Cf. Idem, p. 304.

<sup>36</sup> Cf. BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar. “La intervención delictiva del *compliance officer*”...cit., p. 178.

<sup>37</sup> En ese sentido BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar. “La intervención delictiva del *compliance officer*”...cit., p. 187.

Hay todavía quien<sup>38</sup> pretenda matizar un poco la fórmula añadiendo la exigencia de la configuración de una modalidad imprudente para realizarse la transferencia de responsabilidad, lo cual, si no está presente podría generar todavía responsabilidad de la persona jurídica, pero, ya no para el directivo, aún así, tan sólo para delitos cometidos contra la empresa y no contra terceros<sup>39</sup>.

El tema remite a la cuestión de los deberes de evitación<sup>40</sup> que, al menos en principio, no tienen nada que ver con la actividad de estructuración de un mapa de riesgos, ni con la generación y sugerencia de medidas de contención, prevención y evitación de delitos, que es la única tarea que compete a los llamados *compliance officers*. La doctrina mayoritaria sigue atribuyendo el deber de garante a los superiores jerárquicos que deben de controlar las conductas de sus subordinados<sup>41</sup>. Es ingenuo suponer que el órgano de fiscalización pueda actuar, decidir o controlar por encima del órgano de decisión de la empresa<sup>42</sup>, precisamente porque la oficina de *compliance* debe su misma existencia y funcionamiento a los directivos.

Se argumenta que la transferencia es legítima porque atribuye la responsabilidad por el resultado a quien tiene control directo sobre el riesgo realizado en el resultado, quedando al vigilante, como mucho, una participación por omisión<sup>43</sup>. Ello quiere decir, en la práctica – aunque formalmente no se diga – que al implantar un sistema de *compliance* se traslada al *compliance officer* la responsabilidad en comisión por omisión de la evitación da violación del deber de cuidado contenida en las normas a que se refiere, en la condición de autor.

Pero, los *compliance officers*, tal como se entiende tal función, ya relativamente tradicional en el mundo empresarial, no tienen nada que ver con la toma de decisiones

---

<sup>38</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" ...cit., p. 90. De modo parecido, BOCK, Dennis. "Compliance y deberes de vigilancia...cit., p. 110. En cierta medida, aunque admitiendo la responsabilidad del *compliance officer* tan sólo como partícipe, LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan" ...cit., p. 307 e p. 332.

<sup>39</sup> En defensa de esta restricción SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" ...cit., p. 91. Sobre la diferencia entre los delitos cometidos por la empresa (en su favor) o dentro de la empresa (por sus órganos uno en contra del otro o contra ella misma) véase SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales tomo XLI, fasc. 1, p 529-58, enero/abril, 1988*. Trad. Daniela Bruckner e Juan Antonio Lascurain Sánchez, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, p. 531.

<sup>40</sup> Sobre el tema, véase SIEBER, Ulrich. "Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa", in *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 82-83 y ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento ("*Compliance Officer*") ante el Derecho penal", in *Criminalidad de Empresa y Compliance "Prevención y Reacciones Corporativas"*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013, pp. 319 e ss..

<sup>41</sup> En ese sentido SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" ...cit., p. 79. Sobre el tema, en Brasil, véase SILVEIRA, Renato de Mello Jorge y SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e lei anticorrupção...cit.*, pp. 130 e ss..

<sup>42</sup> Así refiere QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La reforma del régimen de responsabilidad penal...cit., p. 86.

<sup>43</sup> Cf. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial" ...cit., p. 92.

respecto de la evitación de riesgos<sup>44</sup>. Esta tarea sigue perteneciendo a directivos, *managers* y afines. Si, de algún modo, se le atribuye deberes de decisión, este ya no es más el *compliance officer*, sino un directivo, con funciones acumuladas que pertenecerían a aquél.

Se apela, finalmente, al principio de confianza (*Konfidenzprinzip*)<sup>45</sup> para justificar la transferencia de la responsabilidad de los directivos para los *compliance officers*.

El argumento es que el ámbito de organización del superior jerárquico se agota en elegir un buen *compliance officer* y desarrollar un sistema que sea, en principio, eficaz. A partir de ello, él debería poder confiar en que la realización de ello ocurriera en los niveles inferiores, bajo supervisión del *compliance officer*<sup>46</sup>, que él mismo no podría abarcar, por su complejidad, multiplicidad y especialidad<sup>47</sup>. Se afirma que tales circunstancias ubicarían a los *compliance officers* en posición horizontal en relación a los directivos de la empresa, lo que no permitiría ningún tipo de limitación a la transferencia de responsabilidad, ni siquiera las limitaciones que usualmente se imponen al mismo principio de confianza que la justifica.

La responsabilidad del *compliance officer* (garante) derivaría del hecho de que él atrae para sí un ámbito de la organización con exclusión de otros sujetos.

Se afirma, escandalosamente que “la delegación correctamente efectuada cambia la posición jurídica del delegante, liberándolo de los deberes inherentes al ámbito de competencia de que se trata, pues de lo contrario, carecería de sentido que se llevara a cabo”<sup>48</sup>.

Se trata, sin lugar a dudas, de la creación de una 'cabeza-de-turco'<sup>49</sup> o 'chivo expiatorio'<sup>50</sup> para absorción de la responsabilidad que, en principio, estaría distribuida entre la misma empresa y sus directivos.

Admitir esta perspectiva es convertir el *compliance officer* en un imán, para atraer la descarga eléctrica penal, absorbiendo la responsabilidad que iba destinada a los directivos, socios y hacia la misma empresa.

Pero, si miramos de cerca, los argumentos expuestos resultan insostenibles.

---

<sup>44</sup> En ese sentido BALCARCE, Fabián e BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016, p. 171.

<sup>45</sup> Cf. BOCK, Dennis. “*Compliance* y deberes de vigilancia...cit., p. 118. Para más detalles sobre el principio de confianza en materia criminal, véase JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras Y Jose Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, pp. 253 e ss..

<sup>46</sup> A ello refiere SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial”...cit., p. 84.

<sup>47</sup> En ese sentido BOCK, Dennis. “*Compliance* y deberes de vigilancia...cit., p. 108.

<sup>48</sup> En ese sentido ROBLES PLANAS, Ricardo. “El responsable de cumplimiento (“*Compliance Officer*”) ante el Derecho penal”...cit., p. 324.

<sup>49</sup> La expresión aparece en idem, p. 325.

<sup>50</sup> Así lo denomina LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. “Salvar al oficial Ryan”...cit., p. 302.

En primer lugar, porque aunque se tome por eje la dudosa construcción de la imputación objetiva, según sus mismos criterios, ese no es un caso que se resuleva por el *principio de confianza*, sino que es un caso de transferencia al ámbito de responsabilidad ajeno. Sin que quepa en este lugar discutir las minucias específicas sobre tal tesis, basta con decir que se trata de un criterio muy criticado y de muy dudosa legitimidad.

Por otra parte, la creación de un sistema de *compliance* no tiene porqué generar de modo automático una transferencia de la posición de garante<sup>51</sup>, simplemente porque tal creación no es, en si misma, la contención de ninguna clase de riesgo. Su puesta en marcha y su funcionamiento adecuado pueden, como mucho, generar informes que permitan a los directivos saber de los riesgos existentes y tomar medidas para su contención. Nada más. La creación de los *compliance systems* funciona como la toma de una medida de cautela que puede o no ser suficiente en los casos concretos. En ella, el *compliance officer* trata de compilar, resumir y traducir el funcionamiento, los defectos y los problemas para que los directivos a que se reportan tomen las decisiones respecto del qué hacer. Ahí queda la obligación del *compliance officer*.

Por ende, el eventual incumplimiento de la tarea que le delega el directivo al *compliance officer*, en principio, no tiene más efectos de los que cabe establecer en el plan del derecho laboral (si es un empleado de la empresa) o civil-contratual (si es un tercero contratado para la tarea), ya que se trata del incumplimiento de una tarea estrechamente laboral o de prestación de servicios. No tiene nada que ver con la asunción de responsabilidad en la empresa, menos todavía, en el ámbito penal<sup>52</sup>. Y ello es fácil percibir. Es que la actividad del *compliance officer* no se regula por normas públicas, sino por una decisión entre partes privadas<sup>53</sup>. No sería posible hacer derivar de ahí la pretendida transferencia de responsabilidad pública jurídico-penal.

La cuestión remite al principio de autorregulación. Si hay una quiebra en el sistema de autorregulación (que es privado) no se puede esperar que tal quiebra justifique efectos jurídicos en el ámbito externo (que, por ser penal, es también público).

En ello no se incluye, por cierto, el *compliance officer* que actúa, como cómplice del directivo, vinculado a este *ab initio* para generar una tapadera a los delitos planeados con antelación. En este caso, obviamente, la responsabilidad penal debe de alcanzarle.

---

<sup>51</sup> Como sugiere Robles en ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento ("*Compliance Officer*") ante el Derecho penal" ...cit., p. 324.

<sup>52</sup> En ese sentido afirma Renato de Mello Jorge Silveira [SILVEIRA, Renato de Mello Jorge e SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e lei anticorrupção*...cit., pp. 144-145] que la responsabilidad del *compliance officer*, por devenir de una delegación, se encuentra limitada tan sólo por los vicios del *compliance program* y por su evitación pero nunca por los resultados criminales producidos, pues "no se imagina que este *compliance officer* asuma todas las responsabilidades de la empresa".

<sup>53</sup> LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan" ...cit., p. 303.

### 3.3.1. Lo que vale para ti, no vale para mi, o la transferencia unilateral de responsabilidad.

Lo más curioso de todo este discurso de transferencia de responsabilidad es ver como las mismas reglas que se acepta para un sujeto se las niega para otro.

Es decir, desde un punto de vista teórico no se admite – y ello está correcto – las hipótesis de heteroresponsabilidad de las personas jurídicas, bajo el argumento central de que no se puede responder por un hecho ajeno.

Realmente, no tiene sentido que se admita una responsabilidad penal de personas jurídicas que no pueda derivar de un hecho suyo.

No cabe discutir, en este momento, sobre la posibilidad de una persona jurídica realizar delitos ella misma, aunque no haya ningún inconveniente en reconocer la acción de una persona jurídica desde una concepción significativa, porque en el lenguaje común, cuando se lee en el periódico que un buque ha polucionado una playa, se entiende perfectamente el sentido del mensaje. Ello permite afirmar el sentido de una acción, al menos en principio. Otra cosa discutible es llegar a una culpabilidad de personas jurídicas, bien así, solucionar todos los problemas constitucionales que ello supone. De todos modos, no cabe entrar a discutirlo en este lugar, una vez que este no es el tema que se propone. Lo único que importa señalar es que es perfectamente posible pensar una responsabilidad de personas jurídicas por un hecho suyo.

La forma que los defensores de la aplicación del *compliance* proponen para establecer tal responsabilidad de personas jurídicas es, empero, simplemente tener en cuenta un defecto de su organización. Es decir: el "hecho propio" de las personas jurídicas es siempre el defecto de su organización.

Con ello, se dice que la persona jurídica responde por su misma realización, sin cualquier clase de transferencia de fatos ajenos, en una forma de autorresponsabilidad. Luego, al organizarse, pretenden que la cesación del defecto de la organización pueda representar una falta de tipicidad.

Pero, luego, también se pretende admitir, subsidiariamente, la transferencia de exención de responsabilidad. Es decir, que el *compliance* – que es claramente la autoorganización **de la empresa** – deba representar una exención de responsabilidad **de sus socios y directivos**.

En resumen: los defensores de que el *compliance* genere efectos en la imputación pretenden que si él no sirve para alejar la misma responsabilidad penal de las personas jurídicas, el hecho de que la persona jurídica se organice, encuanto tal, permita la exención de responsabilidad de sus directivos o socios.

Lo que no es posible entender es ¿cómo puede ser prohibido basar la acusación en el hecho de otro, pero luego justificar la exención de la misma responsabilidad precisamente por el hecho de otro?

Es admisible, para este razonamiento, la transferencia tan sólo de lo que viene a propósito de salvar a los poderosos.

#### 4. CONCLUSIÓN PROVISIONAL.

La discusión jurídico-penal respecto del compliance, como se ha visto, tiene dos ejes muy claros: el primero es discutir hasta que punto y según que condiciones, su simple presencia puede alejar cualquier clase de responsabilidad penal de las personas jurídicas; y, el segundo, qué es lo que justifica que la creación de los mecanismos de *criminal compliance* logre la transferencia de responsabilidad penal de los socios y directivos de la persona jurídica para los *compliance officers*.

Existe, empero, detrás de las dos discusiones, una misión discursiva subliminal sobre la cual no se percibe sino silencio. Nadie habla de los efectos que puede tener la opción por este o aquél entendimiento.

El elocuente silencio trata, en realidad, de no hablar de la construcción de una barrera de contención frente al empleo del instrumento más contundente de que dispone el Estado contra las personas jurídicas y de un puente de salvación para los directivos y socios de la empresa, frente al riesgo potencial de su responsabilización criminal.

#### 5. UN DISCURSO DE IGUALDAD.

En el libro homenaje al 70 cumpleaños del Prof. Vives Antón, en el año 2009, con la cercanía de la aprobación del proyecto que entonces implantaba definitivamente la responsabilidad penal de personas jurídicas en España, Juan Carlos Carbonell Mateu apuntaba una preocupación respecto de la necesidad de preservación de igualdad en el sistema penal.

Aunque aquél discurso se prestara respecto a la afirmación de la necesidad político criminal de implantación de la responsabilidad penal también para las corporaciones, no es posible eludir su presencia de espíritu sobre la clave de igualdad que también hay que tener en cuenta respecto del *compliance*.

En aquél momento, Carbonell<sup>54</sup> sostuvo que "todos los sujetos que intervienen en el ámbito vital regulado por el Derecho – es decir, que intervienen en las relaciones sociales y en el correspondiente sistema comunicativo – deben de estar sometidos a las consecuencias jurídicas que implican sus descumplimientos", ello, porque "las relaciones sociales – la vida en comun – no puede funcionar si no existe una sumisión igualitaria de todos a las normas".

---

<sup>54</sup> CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I.* [J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac y E. Orts Berenguer – orgs.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 310.



Es un planteamiento absolutamente indiscutible, que ha significado, en aquél entonces, el reconocimiento de que las personas jurídicas deberían someter su comportamiento a las reglas – incluso penales – en las mismas condiciones que las personas físicas<sup>55</sup>.

Y esta clave de igualdad es precisamente lo que el *compliance*, utilizado como instrumento técnico-jurídico, viene socavando en el ámbito jurídico penal.

Es más que evidente que el rápido incremento cuantitativo y calitativo de las discusiones doctrinales respecto del *compliance* representan un hercúleo esfuerzo en la composición de una barrera de contención del progreso legislativo hacia la responsabilidad penal de personas jurídicas y sus directivos.

En el camino, para usar una expresión de Hassemer, "dejan caer el bagaje democrático" del principio de igualdad, como se demostrará en el epígrafe siguiente.

## **6. LA PRUEBA DE LA DESIGUALDAD. REDUCTIO AD ABSURDUM.**

Partiré de dos premisas que creo ineludibles.

1) En un sistema jurídico justo las personas merecen un tratamiento ecuánime por parte del Estado – lo que significa el recorte de privilegios –. Claro está que se tiene en cuenta que una idea de igualdad material a veces supone que hay que ofrecer ventajas a uno que esté en condiciones de fragilidad para lograr el equilibrio, pero, es cierto que en ningún caso hay se puede aceptar ventajas en favor de los que ya están en situación de privilegio.

2) En términos de justicia penal, los instrumentos para alejar la responsabilidad por la realización de algo ilícito son esencialmente las justificaciones, las exculpaciones y las exenciones.

Una conclusión palmaria del cruce de tales premisas es que para mantener un sistema de justicia criminal democrático digno de ese nombre, los medios de evitar la responsabilidad penal habrían de ser los mismos para todas las personas.

Aunque se pueda considerar que en un sistema que incluye personas físicas y jurídicas, sus diferencias exijan distintos tratamientos, ello debe siempre tener en cuenta que las personas jurídicas gozan de más autosuficiencia – económica, estructural y social – frente al Estado, que el individuo.

Por ello, no sería justificable que una eventual desigualdad de tratamiento entre personas físicas y jurídicas llevara el privilegio hacia las segundas.

Precisamente el mismo argumento que lleva a justificar la presencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas justifica que se presente a las personas

---

<sup>55</sup> Cf. *idem*, p. 310.

colectivas e individuales las mismas posibilidades de lograr evitar la imposición de la intervención penal.

Si estamos de acuerdo que lo que justifica la responsabilidad penal de las personas jurídicas es precisamente el hecho de no ser razonable imponer sanciones en los tres ámbitos (penal, civil y administrativo) en contra de las personas físicas mientras se quita la responsabilidad penal a las personas jurídicas, igualmente debemos reconocer que si se les permite a las personas físicas y a las jurídicas toda clase de justificación y exculpación, no es razonable plantear, justamente en favor de quien se encuentra en mejores condiciones de defenderse de las intervenciones estatales, una eximente no trasladable a quien se encuentra en posición más débil.

No se puede olvidar que el sistema de *compliance* es una especie de autorregulación. Si se permite que la autorregulación determine lo que permita o no la persecución penal, tal posición privilegiada debería, como mínimo, ser equánime.

Si es que “deberíamos dar por buenos los *standards* de prevención”<sup>56</sup> desarrollados por la empresa a efectos penales, la pregunta que cabe hacer es ¿por qué no aceptar condiciones similares a la persona individual?

¿Parece aceptable que, establecidas pautas de cuidado efectivas, se pueda eximir de responsabilidad penal a las personas físicas?

Es decir, *v.gr.*, la realización de cursos de habilitación para conducción profesional de coches, cursos de conducción defensiva, etc., ¿permitirían que a un conductor detenido por provocar un accidente de tránsito con provocación de lesiones o muerte se le eximiera de responsabilidad?

¿Se consideraría aceptable que a uno que posee un elevado patrón cultural y de educación y que además coordina una O.N.G. de defensa de mujeres, se le eximiera del delito de violencia de género por pegar a su esposa?

¿Se aceptaría que un cura, además adepto de la doctrina franciscana, de desapego a los intereses materiales y de la no violencia, se le eximiera de su responsabilidad por un robo?

¿Parece razonable aceptar que, delante de la complejidad del tratamiento de desintoxicación alcohólica, el delito de conducir bajo efectos del alcohol realizado por una persona que frecuenta los Alcohólicos Anónimos estaría cubierto por una eximente?

En resumen: ¿una buena organización de la persona individual es suficiente para eximir su responsabilidad penal?

Es obvio que se podría oponer como contraargumento que la buena organización de la empresa generaría cierto control sobre las personas que en ella realizan conductas y que, por lo tanto, habría una intermediación que no existiría en las personas físicas, las cuales son

---

<sup>56</sup> NIETO MARTÍN, Adán. “Problemas fundamentales...cit., pp. 28-29.

responsables por sus mismas actuaciones. Es decir, la autorregulación no estaría *para* las personas jurídicas sino *para* las personas físicas en su seno.

Pero, entonces, estaríamos delante de un dilema insoluble.

O aceptamos que el *compliance* no es, en si mismo, conducta, sino recomendación respecto de las conductas, funcionando como un guía para las actuaciones, hipótesis que llevaría, sin problemas, a compararlo con el *Id* psicológico, alejando cualquier pretendida diferencia entre personas físicas y jurídicas; o aceptamos que la realización del *compliance* es una actuación y que este actuar es distinto de la actuación de quien realiza la conducta criminal, hipótesis en que estaríamos, por un lado, admitiendo que la responsabilidad penal de personas jurídicas no se establece por el hecho de la misma persona jurídica, sino por el hecho de terceros, que es un supuesto de heterorresponsabilidad y rompiendo, así, el principio de culpabilidad y, por otro, estaríamos admitiendo que la eximente igualmente se traslada de una persona a otra, es decir, para salvar al que la realiza, la transferimos para el hecho de un tercero. Ambas cosas no parecen ni razonables, ni tampoco recomendables desde un punto de vista técnico-jurídico.

Tampoco es aceptable el argumento utilitarista en favor de la autorresponsabilidad exclusiva para las empresas, de que el aparato estatal no soporta abarcar la complejidad de las relaciones del ámbito empresarial<sup>57</sup> o soportar el coste de la investigación de tal responsabilidad<sup>58</sup>, porque, salvadas las diferencias, la misma complejidad en lo que refiere a la distribución de responsabilidad puede aparecer en bandas criminales o incluso en supuestos de aparatos estatales ordenados criminalmente, supuestos estos que han sido enfrentados ya, con considerable éxito, incluso en países con menos recursos económicos, como ocurrió en el conocido caso Fujimori-Montesinos en Perú<sup>59</sup>. El coste de la investigación, además, en caso de condena, podría ser parte de la misma sanción impuesta a la empresa.

Si la complejidad referida tiene por objeto ya no la distribución jerárquica de la responsabilidad, sino la del mismo tipo penal, entonces tampoco se puede sostener el argumento, una vez que la complejidad será la misma por la realización del mismo delito, ya sea su autor una persona individual o colectiva.

---

<sup>57</sup> Esgrimiendo este argumento BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar. "La intervención delictiva del *compliance officer*"...cit., p. 176.

<sup>58</sup> En ese sentido BLUMENBERG, Axel-Dirk y GARCÍA-MORENO, Beatriz. "Retos prácticos...cit., p. 293; COCA VILA, Ivó. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" in *Criminalidad de Empresa y Compliance "Prevención y Reacciones Corporativas"*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013, pp. 44-51 e NIETO MARTÍN, Adán. "Problemas fundamentales...cit., p. 47. En sentido contrario, afirmando que tales argumentos no son suficientes para sostener la idea general de autorregulación PRITTWITZ, Cornelius. "Vom Nutzen und Nachteil kriminalpolitischer Visionen", in *Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag* [Roland Hefendehl – ed.], München: Heymanns, 2005, pp. 287 e ss.

<sup>59</sup> Para detalles sobre el tema véase AMBOS, Kai e MEINI, Iván. *La autoría mediata*. Lima: Ara, 2010.

Por otro lado, siquiera el argumento de efectividad tiene lugar, si se tiene en cuenta que muchos de los casos más graves de delincuencia empresarial de los últimos años se han producido precisamente, en empresas que han estimulado e introducido grandes programas de cumplimiento que supuestamente deberían evitarlos, como en el caso Enron, Worldcom y Global Crossing, por ejemplo<sup>60</sup>.

## 7. UN POCO DE RAZONABILIDAD: UNA ATENUANTE DE LA PENA.

Por otra parte, no se debe simplemente despreciar la existencia del sistema de *compliance*, en la medida de que intrínsecamente no se le puede negar ser una buena práctica.

Cosa muy distinta es que pudiera interferir en la misma imputación.

Como se ha demostrado, una eventual interferencia del *compliance* en la decisión sobre la imputación de la persona jurídica provoca el desequilibrio del sistema en favor de los más poderosos.

La consecuencia jurídico-penal mas adecuada para el *compliance* es, sin duda, la de considerarlo una atenuante de pena cuya reducción de la condena sea proporcional al nivel de su efectividad<sup>61</sup>. Además, sin salir del campo de la atenuante, se debe de valorar más el hecho de haberse implantado el *compliance* con antelación al hecho delictivo que se aprecia.

Con ello, además, la eventual prueba de su eficacia se volvería en interés de la defensa que es precisamente quien tiene mejores condiciones de demostrarlo.

No es demasiado acordar que en países en donde hay mucho más tradición respecto de la responsabilidad penal de personas jurídicas, como en Estados Unidos de Norteamérica, el ingreso del *compliance* como materia jurídico-penalmente relevante solamente ha ingresado muy recientemente, en el *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations (FSGO)*<sup>62</sup> y siempre en aras de funcionar como un elemento a tener en cuenta en la individualización de la pena y no como eximente de responsabilidad.

Las mencionadas *guidelines* constituyen tan sólo una fórmula buscada para equilibrar las anteriores experiencias de penas fijas o arbitradas libremente por los jueces, para ofrecer bases de referencia en la composición de la carga penal, que, en el sistema estadounidense es

---

<sup>60</sup> Cf. GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas"...cit., p. 1036 e GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero- y la autorresponsabilidad", in *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. [Carlos María Romeo Casabona y Fátima Flores Mendoza – eds.], Granada: Comares, 2012, p. 514.

<sup>61</sup> De la misma opinión ORTS BERENQUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de Derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 284.

<sup>62</sup> Sobre este véase comentarios en HUFF, Kevin B.. "The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach", in *Columbia Law Review*, 96, 1996, pp. 1267 y ss..

un juicio apartado completamente del juicio de imputación. Exactamente por ello, no consta de ellas ninguna referencia a la exención de responsabilidad, sino que toma los *criminal compliance* como referentes de la cantidad de penas de las personas jurídicas condenadas<sup>63</sup>, es decir, tienen valor tan sólo para reducir penas.

En ese sentido, en el modelo estadounidense "lo que no permitirá un programa de cumplimiento, aunque cumpla todos los presupuestos que se le exige, es que la persona jurídica pueda eludir su responsabilidad penal si finalmente el caso llegara a juicio y en él concurrieran todos los presupuestos de la doctrina del *respondeat superior*"<sup>64</sup>.

Por ello, el argumento de que se debería tener en cuenta lo que se prescribe en Estados Unidos, porque la responsabilidad penal de personas jurídicas es una incorporación de un instituto del *common law*, llevaría a la conclusión que en las mismas *sentencing guidelines*, al *compliance* se le tiene en cuenta como atenuante de pena y jamás como elemento determinante de la presencia o exclusión de la imputación.

## CONCLUSIONES.

La verdad es que el *compliance* trajo a la discusión algo sumamente importante: La pregunta sobre los efectos que tiene o debe de tener la autoorganización de una persona frente a su responsabilidad penal. Pero, hay que tener en cuenta que cuando se transfiere a uno la definición del alcance de la responsabilidad penal, se le quita, automáticamente, al Estado, esta herramienta.

No creo que ello esté mal, porque, al final, representa más o menos el vaticinio de Radbruch respecto del Derecho penal.

Lo único es que, si ello va a venir, que venga antes como símbolo de realización de las libertades individuales, que como un favor a las corporaciones.

Con ello termino.

Espero haber demostrado, con la espada argumentativa de la comparación entre personas físicas y jurídicas frente a la responsabilidad penal, que lo que se discute e incluso legisla, en términos de *criminal compliance* es, más que todo, una mal disfrazada pretensión de construcción de un complejo escudo de protección contra el avance mundial de la responsabilidad penal de personas jurídicas y que, por detrás de la enorme discusión sobre el *compliance* que va difundiéndose del Derecho penal económico, está el intento siempre

---

<sup>63</sup> Sobre el origen, el contenido y la aplicación a personas jurídicas de las *Sentence Guidelines* véase VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016, pp. 293 e ss.

<sup>64</sup> Idem, p. 371.

renovado de instalar mecanismos de evitación del ejercicio del control social penal sobre las empresas.

En el límite, si resulta imposible evitar el atropello del sistema punitivo a las empresas, se pretende aún que el *compliance* represente la tabla de salvación al menos de los directivos y socios, frente a la responsabilidad penal, por medio de una fórmula de atracción de dicha responsabilidad para los *compliance officers*.

Por último, quisiera decir que no puedo dejar de reconocer que todo lo que he dicho se puede refutar fácilmente, porque parte de premisas dadas de igualdad y libertad.

Resulta perfectamente posible decir que todas las afirmaciones y comparaciones que he hecho son inadecuadas e impropias.

Basta, para ello, asumir dos premisas: que no se pretende igualdad en el trato penal de las personas físicas y jurídicas y que la libertad de las personas individuales no es el valor supremo que debe estampar un sistema penal democrático.

Como consecuencia, se debe también admitir que se pretende un tratamiento jurídico-penal más benéfico para personas jurídicas que para personas físicas; que se pretende la creación de una estructura jurídica de privilegio para la corporación a coste de los intereses de las personas individuales y que se pretende poner de rodillas a los conductores del ariete penal, siempre que este se apunte hacia el Leviatan corporativo.

Cualquier persona que asuma estas premisas puede afirmar, con tranquilidad, que todo lo que he dicho son tan sólo tonterías.

## BIBLIOGRAFIA

AMBOS, Kai y MEINI, Iván. *La autoría mediata*. Lima: Ara, 2010.

BALCARCE, Fabián e BERRUEZO, Rafael. *Criminal Compliance y Personas Jurídicas*. Montevideo-Buenos Aires: BdeF, 2016.

BERMEJO, Mateo G. y PALERMO, Omar. “La intervención delictiva del *compliance officer*” In [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013.

BLUMENBERG, Axel-Dirk y GARCÍA-MORENO, Beatriz. “Retos prácticos de la implementación de programas de cumplimiento normativo”, in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Victor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

BOCK, Dennis. “*Compliance* y deberes de vigilancia en la empresa”, in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013.

BUSCH, Richard. *Grundfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Verbände*. Leipzig: Weiche, 1933.

CARBONELL MATEU, Juan Carlos. "Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal. Semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I*. [J.C. Carbonell Mateu, J.L. González Cussac y E. Orts Berenguer – orgs.], Valencia: Tirant lo Blanch, 2009.

COCA VILA, Ivó. "¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?" in *Criminalidad de Empresa y Compliance "Prevención y Reacciones Corporativas"*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013.

DANNECKER, Gerhard. "Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Revista Penal n. 7*. Salamanca: La Ley, 2001.

DANNECKER, Gerhard. "Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts", in *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001.

EHRHARDT, Anne. *Unternehmendelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*. Berlin: Dunker & Humblot, 1994.

GALÁN MUÑOZ, Alfonso. "La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: Entre la hetero-y la autorresponsabilidad", in *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*. [Carlos María Romeo Casabona y Fátima Flores Mendoza – eds.], Granada: Comares, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos; FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José. y BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Cizur Menor (Navarra): Civitas Aranzadi, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. "El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español" in *El nuevo Código penal. Comentarios a la reforma*. [Jesús María Silva Sánchez – dir.]. Madrid: La Ley-Wolters Kluwer, 2012.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica e o dano ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *Fundamentos modernos de la culpabilidad empresarial: Esbozo de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Ara Editores, 2010.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2005.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. *La responsabilidad penal de las empresas en los EE.UU.* Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2006.



GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis. "El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *"El Derecho procesal español del siglo XX a golpe de tango". Liber Amicorum, en Homenaje y para celebrar el LXX del prof. Juan Montero Aroca.* (coords. J L Gómez Colomer; S. Barona Vilar; y P. Calderón Cuadrado), Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.

GONZÁLEZ DE LEÓN BERINI, Arturo. "El *criminal compliance* en la reforma norteamericana de la *Dodd-Frank Act*", in *Criminalidad de Empresa y Compliance "Prevención y Reacciones Corporativas"*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013.

HAFTER, Ernst. *Die Delikts-und Straffhigkeit der Personenverbände*. Berlin: Springer, 1903.

HEINE, Günter. "New Developments in Corporate Criminal Liability in Europe: Can Europeans learn from the American Experience or Viceversa?", in *St. Louis-Warsaw Transatlantic Law Journal*, 1998.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas. Tomo III*. Trad. de Patricia Ziffer, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2002.

HUFF, Kevin B.. "The Role of Corporate Compliance Programs in Determining Corporate Criminal Liability: A Suggested Approach", in *Columbia Law Review*, 96, 1996.

JAKOBS, Günther. *Derecho penal. Parte General*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras Y Jose Luis Serrano González de Murillo, 2ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.

KUDLICH, Hans. "¿*Compliance* mediante la punibilidad de personas jurídicas?". in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013.

KUHLEN, Lothar. "Compliance y Derecho penal en Alemania", in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Victor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

LAMPE, Ernst J. "Systemunrecht und Unrechtssysteme" in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* n° 106, Berlin: Walter de Gruyter, 1994.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio. "Salvar al oficial Ryan", in *Responsabilidad de la empresa y compliance*. [Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo e Victor Gómez Martín – Dir.]. Madrid-Buenos Aires-Montevideo: Edisofer-BdeF, 2014.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Petrópolis: Vozes, 2009.

NIETO MARTÍN, Adán. "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", in *Compliance y teoría del Derecho penal*. [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013.

NIETO MARTÍN, Adán. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: lustel, 2008.

ORTS BERENGUER, Enrique y GONZÁLEZ CUSSAC, Jose Luis. *Compendio de Derecho penal*. 3ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

PRITTWITZ, Cornelius. "Vom Nutzen und Nachteil kriminalpolitischer Visionen", in *Empirische Erkenntnisse, dogmatische Fundamente und kriminalpolitischer Impetus: Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag* [Roland Hefendehl – ed.], München: Heymanns, 2005.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. "La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas", in *Comentario a la reforma penal de 2015* [Gonzalo Quintero Olivares – dir.]. Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi, 2015.

ROBLES PLANAS, Ricardo. "El responsable de cumplimiento ("Compliance Officer") ante el Derecho penal", in *Criminalidad de Empresa y Compliance "Prevención y Reacciones Corporativas"*. [Silva Sánchez Jesús María; Raquel Montaner Fernández], Barcelona: Atelier Libros, 2013.

SCHROTH, Hans-Juergen. *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte: eine Studie zum Unternehmensstrafrecht*. Gießen: Brühlscher, 1993.

SCHÜNEMANN, Bernd. "Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa". In *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales tomo XLI, fasc. 1, p 529-58, enero/abril, 1988*. Trad. Daniela Bruckner e Juan Antonio Lascurain Sánchez, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988.

SIEBER, Ulrich. "Programas de 'compliance' en el Derecho penal de la empresa", in *El derecho penal económico en la era de la compliance*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. "Deberes de vigilancia y compliance empresarial", in *Compliance y teoría del Derecho penal*. In [Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel y Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno – eds.], Madrid: Marcial Pons, 2013.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge y SAAD-DINIZ, Eduardo. *Compliance, Direito penal e lei anticorrupção*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

TIEDEMANN, Klaus. "Die "Bebußung" von Unternehmen nach dem Zweiten Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", in *Neue Juristische Wochenschrift*. Frankfurt am Main: C. H. Beck, 1988.

TIEDEMANN, Klaus. "Punibilidad y Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas y de sus Órganos", in *Revista Jurídica de Buenos Aires, vol. 2*, Buenos Aires: Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 1988.

VILLEGAS GARCÍA, María Ángeles. *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos*. Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 2016.