



## EL DERECHO PENAL ECONÓMICO EN LA ERA COMPLIANCE

de Luis Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (directores)

**Un volumen de 230 páginas, Tirant lo Blanch,  
Barcelona, 2013  
(también disponible en formato *e-book*).**

Por Andreu Van den Eynde<sup>1</sup>

La lectura del libro *El Derecho Penal Económico en la era Compliance* que dirigen Arroyo Zapatero y Nieto Martín (Ed. Tirant Lo Blanch, 2013) es ciertamente aconsejable, tanto desde el punto de vista estrictamente de discusión teórica como del de la práctica de la abogacía.

Trataré de explicar cuáles son los puntos esenciales del libro pero de entrada debe entenderse que mi aproximación lo es como un práctico del derecho, abogado penalista, dedicado actualmente también a temas de cumplimiento normativo penal o *criminal compliance* por exigencias del tiempo que nos ha tocado vivir (y de su legislación). No soy, pues, un teórico sino alguien que busca en los libros especializados material para trabajo de campo, para llevar a cabo asesoramiento y defensa penales y, en la materia que ahora nos ocupa, para elaborar programas de cumplimiento normativo penal.

Era necesario precisar dicha visión práctica del derecho penal puesto que el libro analizado es un compendio de aportaciones de autores de muy diversa índole, con

---

Especial para la Revista Pensamiento Penal.

<sup>1</sup> Abogado penalista (Barcelona, España).



enfoques muy distintos (a veces referidos a experiencias nacionales concretas) y en ocasiones ello se aleja de la utilidad práctica que normalmente busca el penalista y se aproxima más a la discusión teórica. ¿Por qué resulta útil entonces para un práctico del derecho penal leer el libro?

Pues bien, la respuesta es evidente: En materia de *criminal compliance*, cumplimiento normativo o auditoría penal (como quiera llamarse en sus múltiples significados el tema a estudio) estamos aún muy lejos de saber cómo manejarnos, sin precedentes jurisprudenciales ni legislación evolucionada, como mínimo en la tradición española. La *compliance* es algo tan extraño a nuestra tradición jurídico-penal que cualquier información es valiosísima puesto que sólo a través de la discusión teórica y la traslación de experiencias de derecho comparado podrá irse configurando el nuevo escenario del cumplimiento normativo penal en los sistemas jurídicos en los que ha aparecido muy recientemente.

La **Introducción** del libro por Adán NIETO MARTÍN es interesantísima y vale la pena detenerse en ella. Se habla del derecho penal económico y su evolución y de la irrupción del fenómeno de la responsabilidad penal de la persona jurídica como verdadero cambio de paradigma o “revolución” dogmática.

La *compliance* aparece como fórmula de motivar a las personas jurídicas a cumplir la ley, un sistema de colaboración entre el derecho público y la autorregulación privada que se produce dentro de un mundo capitalista que debe ser controlado.

Resalta Nieto Martín cómo la responsabilidad penal de las sociedades busca la implicación de éstas en la prevención del delito, motivo por el que precisamente es la colaboración de la mercantil la forma legal habitual de rebajar la culpabilidad de la empresa. Y recuerda cómo la noción más importante en la *compliance* es su real efectividad, para evitar escenarios en los que exista un mercado de certificaciones,



una deriva hacia protecciones formalistas que en definitiva desacreditaría los programas de *compliance* al ser entendidos como una especie de salvoconducto estereotipado frente a riesgos penales.

En este nuevo escenario aparece la figura del *compliance officer*, labor que todo apunta a que tendrá que fijarse bajo estándares muy rígidos de independencia al ser el garante del cumplimiento normativo y la evaluación de la efectividad de las medidas de prevención y reacción al delito en la empresa.

Seguidamente el libro ofrece la transcripción de una conferencia del profesor Klaus TIEDEMANN (*El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico*) en un tono ya muy marcadamente dogmático en el que aborda la relación entre España y Alemania y la forma en que comparten experiencias dentro del campo del Derecho Penal económico.

De interés especial el análisis del delito de corrupción entre particulares de nuevo cuño en la legislación española, del que propone una interpretación restrictiva con referencia a la violación de deberes “agravados” y no a cualquier tipo de transgresión.

Cuanto a los programas de *compliance* Tiedemann desconfía en parte debido a su carácter voluntario y al hecho de que su infracción no esté sancionada legalmente y apunta también a un elemento importante que desarrollarán otros autores como es el de la importancia de dichos programas como delimitadores del riesgo permitido y el desaprobado, a modo de vara de medir de la imprudencia penal dentro de la empresa.

El tercer artículo (*La persona jurídica acusada en el proceso penal español*) firmado por Juan-Luis GÓMEZ COLOMER ofrece una interesante aproximación práctica a la participación de la sociedad (persona jurídica) en el proceso penal, analizando casos concretos relativos al ejercicio de derechos en el proceso y de qué

forma podrá trasladarse la experiencia del imputado-persona física al imputado-persona jurídica.

Está de acuerdo el autor en que el sistema procesal para la intervención de las sociedades como responsables penales facilitará la tramitación en supuestos en los que resultaba difícil determinar la responsabilidad de la persona física, y entra después en el análisis de la tutela de los derechos fundamentales de la persona jurídica imputada en un proceso penal.

La obra, como es evidente, ha sido compendiada antes de la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2012 que hace responsable también a partidos políticos y sindicatos, incluyéndolos dentro de los sujetos responsables del artículo 31 bis CP, por lo que en este punto no se encuentra actualizada, pero el enfoque no por ello merece crítica al ser extrapolable a dicho tipo de agrupaciones las reflexiones relativas a las sociedades mercantiles, como mínimo desde una primera aproximación.

El autor se pregunta si la persona jurídica imputada gozará de los mismos derechos fundamentales que un imputado persona física. El análisis es interesante, discutiendo sobre derechos únicos de la persona física, derechos también únicos para las sociedades, y otros derechos matizables o de aplicación divergente (honor, inviolabilidad del domicilio).

Concreta su estudio el autor con relación al derecho a la defensa, situando a las sociedades mercantiles en la posición de imputadas y examinando qué sucederá en el proceso: ¿quién defenderá a la empresa? (lo óptimo sería que lo hiciera abogado distinto de la persona física imputada) ¿tiene derecho la empresa a llamar a un familiar como si de un detenido se tratara? (obviamente no) ¿Qué sucederá con el derecho a la justicia gratuita?

El capítulo de Ulrich SIEBER se titula ***Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*** y ofrece un enfoque muy centrado en la experiencia alemana y lleno de referencias doctrinales analizando las teorías de Tiedemann sobre la criminalidad de empresa y las bases de la culpabilidad de la sociedad mercantil.

El debate que propone Sieber resulta interesante al abordar el tema del encaje o relación existente entre la ley penal y los sistemas de autorregulación de la empresa, y qué consecuencias tiene la coexistencia de ambos modelos de regulación en lo que se ha venido a llamar la “autorregulación regulada”.

Proporciona el autor algunos datos de investigación sobre la penetración de los programas de *compliance*, su efectividad y credibilidad, por lo que resulta útil a los efectos de fundamentar posiciones acerca del fenómeno de cumplimiento penal basados en datos objetivos y no en especulaciones en este momento de incertidumbre generalizada sobre el significado y utilidad de los modelos de cumplimiento.

En dicho capítulo se definen muy concretamente todos los aspectos relevantes de los programas de *compliance* con relación a la exigencia de responsabilidad de la empresa: como definidores de los valores o ética empresarial, como métodos de prevención y descubrimiento de delitos cometidos a favor de la empresa, como configuradores de los parámetros de la imprudencia penalmente relevante y el riesgo permitido o como determinantes de la medición de la eventual sanción penal.

El artículo cita en ocasiones como argumento de autoridad las *Sentencing Guidelines* americanas, estándar relevante para cualquiera que se dedique a la auditoría de riesgos penales y al control del cumplimiento normativo, y resulta especialmente importante la referencia a la “involucración de alto nivel” que efectivamente aparece como directriz principal en las *Guidelines* y otros estándares de *criminal compliance*.

Para el autor resulta importantísimo transmitir a la organización por sus directivos aquella ética o valores empresariales que impidan una “erosión normativa” en el actuar de los trabajadores o fórmulas de “neutralización” entendido dicho concepto desde un punto de vista criminológico como el método por el que la empresa y sus trabajadores dejan de lado su consciencia y justifican el delito por un supuesto bien empresarial.

La *compliance* no sólo introduce la ética en la empresa sino que debe en cierta forma intimidar o prevenir la comisión de delitos al establecer fórmulas que eleven las posibilidades de descubrimiento de las conductas irregulares. Hace el autor una afirmación muy interesante que denota la importancia de los programas de *compliance*: la causa principal de criminalidad en la empresa es la neutralización frente a conductas criminales de los trabajadores que se deriva de la falta de interiorización de valores éticos por la dirección de la empresa.

Sigue la aportación de Juan Antonio LASCURAÍN bajo el título ***Compliance, debido control y unos refrescos***, una aportación muy estimulante escrita de modo directo y fresco, que se inicia con la descripción de un supuesto práctico de responsabilidad penal de la empresa por actuación de un empleado corrupto y que entra a analizar qué es un programa de *compliance* en una empresa y qué efectos puede tener en su imputación penal y eventual culpabilidad.

Lascuraín lanza ideas muy valientes y sugerentes como las relativas a la posibilidad (que descarta el autor) de reacción penal frente a empresas con consejos de administración en los que el delito lo comete uno de los administradores mediante estrategias de elusión del control debidamente establecido. Y efectúa una atinada crítica a la posición de la Fiscalía española contenida en su Circular 1/2011 que viene a instaurar una especie de inversión de la carga de la prueba según la cual, acreditado

el delito de la persona física en las condiciones del artículo 31 bis, será la empresa quién tendrá que probar su inocencia (el debido control).

Examina Lascuraín también la falta de control como elemento de la culpabilidad, determinando que debe tener cierta entidad ese defecto organizativo para dar lugar a la imputación del delito a la empresa, de tal forma que un defecto leve debería acarrear la atipicidad de la conducta a efectos penales. Una conducta delictiva de persona jurídica debida a falta de control debería tener, además, un reproche penal inferior al de una conducta intencional entendida como proveniente del órgano de dirección de la mercantil.

Uno de los temas más recurrentes e interesantes del universo *criminal compliance* es evidentemente el de las investigaciones internas de la empresa frente a evidencias de delito y a ello se dedica Klaus MOOSMAYER en su concreta aportación en el apartado ***Investigaciones internas: una introducción a sus problemas esenciales.***

Que la empresa debe investigar los hechos presuntamente ilícitos que se cometan en su seno resulta evidente, pero Moosmayer analiza todos los problemas que ello puede acarrear en la práctica: ¿Con qué intensidad y recursos se deberá investigar? ¿Qué ordenamiento jurídico se aplicará a la investigación interna? ¿Cómo se relacionará o articulará una investigación interna con la investigación policial o judicial que pudiera derivarse o coexistir de forma paralela?

La investigación interna no sólo es necesaria sino que en ocasiones es la mejor forma de demostrar que se posee una *compliance* efectiva, pero dicha investigación deberá someterse a las reglas y principios de la legislación laboral aplicable y deberá estar diseñada dentro del programa de *compliance* con procesos conocidos por los trabajadores.



El artículo de Jean Pierre MATUS ACUÑA trata sobre ***La Certificación de los programas de cumplimiento*** y se centra en la experiencia chilena que aparece como muy próxima a la regulada en derecho español aunque con la particularidad de que la ley chilena prevé fórmulas de certificación (auditoría) de los programas de cumplimiento normativo.

Un programa de *compliance*, según el autor, tiene sentido como generador de atenuaciones de la responsabilidad pero no como causa de exención (siguiendo aquí los modelos americano, italiano e incluso la regulación del Código Penal español vigente). El artículo se dedica específicamente a razonar porqué una *compliance* “certificada” no puede generar un efecto eximente, remitiéndose a los fundamentos del derecho penal (responsabilidad por el hecho independientemente de los buenos antecedentes de la empresa), a los efectos perniciosos que produciría la exención (la cobertura de la *compliance* podría animar a relajar los estándares de ética) o a las consecuencias no deseadas de dotar de fuerza eximente a los certificados (se generaría un mercado en el que las certificaciones equivaldrían a bulas papales, impunidad previo pago).

De sumo interés para los profesionales del derecho y, concretamente, los abogados penalistas es la contribución de GONZÁLEZ FRANCO, SCHEMMEL y BLUMENBERG en su apartado titulado ***La función del penalista en la confección, implementación y evaluación de los programas de cumplimiento***, programas que ya de entrada los autores vinculan con la evitación de riesgos legales y reputacionales.

Dentro de un escenario de inseguridad jurídica respecto a los programas de *compliance* los autores se sinceran en lo que casi todos los profesionales del sector tenemos que reconocer: nadie del mundo de la empresa sabe exactamente qué debe hacer en materia de *compliance* penal ni mucho menos los jueces saben qué tienen o





que tendrán que valorar en los casos en los que se analice la responsabilidad penal de la sociedad mercantil.

La figura del penalista, por tanto, se antoja crucial en el proceso de evaluación de riesgos penales, diseño del programa de *compliance* y gestión y revisión del programa. Los autores apuestan por 5 funciones esenciales del penalista: orientación técnica, análisis de riesgos, diseño de la *compliance*, traducción de la *compliance* para su efectividad en el proceso penal, y finalmente como líder de la reacción de la empresa frente al delito.

El capítulo de Jacobo DOPICO GÓMEZ-ALLER se titula ***Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica.*** El artículo resulta especialmente exhaustivo en lo referente al análisis de las responsabilidades en las que puede incurrir el *compliance officer*, cuestión que preocupa mucho en la práctica, máxime cuando dicha figura ha aparecido en muchos sistemas jurídicos sin ser ni tan siquiera definida por la ley (como es el caso español).

El autor recuerda la posición de garante que incumbe de forma principal al empresario y cómo éste generalmente actuará mediante delegación, mutando sus responsabilidades (que no desaparecen) a las de supervisión y vigilancia de los empleados subordinados que hubieran asumido las responsabilidades delegadas. Por tanto, el responsable de cumplimiento asume del empresario algunas funciones delegadas como son los deberos de control de la peligrosidad de la actividad empresarial y de supervisión y vigilancia de otras personas.

Múltiples son los casos analizados por el autor de responsabilidad del *compliance officer*, relativos a la no implementación del programa de cumplimiento, la falta de denuncia de hechos irregulares, falta de investigación, etc., en un muy pormenorizado análisis de todas las posibilidades en las que se pudiera predicar una posición de



garante del *compliance officer* y algún tipo de desatención de sus funciones. Y de interés son, concretamente, los supuestos en los que se afirma que existiría algún tipo de responsabilidad penal del *officer* y que tienen que ver con conductas asimilables a la participación o encubrimiento del delito, como por ejemplo el conocimiento sobre conductas irregulares que formarían parte de un actuar ilegal continuado que el *officer* no puede tolerar que se mantenga en el tiempo.

El artículo recuerda cómo las obligaciones del *compliance officer* lo son respecto de la empresa y por tanto que no tiene un deber público de denunciar delitos, de la misma manera que no lo tiene el empresario.

Adán NIETO MARTÍN no sólo introduce la obra colectiva sino que desarrolla uno de sus apartados bajo el título ***La privatización de la lucha contra la corrupción***. Sus aportaciones, a mi juicio, son de las más interesantes de todo el libro. Dedicó este capítulo al análisis del fenómeno de la corrupción, alternando entre el análisis de la corrupción pública y la privada (corrupción entre particulares), pero siempre con referencias históricas interesantísimas y en el presente apartado con reseñas a estándares internacionales imprescindibles para cualquiera que se dedique a la auditoría penal.

El autor explica los orígenes de la lucha contra la corrupción, desde la época de la *Foreign Corrupt Practices Act*, momento en el que se apuntan principios fundamentales como los que establecen que la corrupción produce efectos que trascienden al daño a la Administración Pública y que se extienden al mercado, la competencia y los inversores; o la concepción extraterritorial de los efectos de la corrupción.

El autor estudia múltiples fuentes relativas a la prevención de la corrupción en un apartado muy útil para planificar el diseño de un programa de *compliance* y establece



pautas para dichos programas: compromiso de alto nivel a través de códigos éticos, formación, canales de consulta y denuncia, procedimientos de *enforcement* de las normas éticas, control de la honorabilidad de los asesores, fórmulas de sanción de las infracciones, etc.

Apunta Nieto Martín los principales problemas del tan espinoso tema de las investigaciones internas: qué hacer con sus resultados, cómo gestionar los derechos de los investigados y quién debe efectuar la investigación (opta en este último caso por aconsejar que las investigaciones sean realizadas por abogados externos como fórmula de asegurar la vigencia del secreto profesional).

El autor concluye con una crítica a la falta de exportación del modelo de protección frente a la corrupción privada al ámbito público y muy concretamente con referencia la “descafeinada” Ley de Transparencia española.

Finaliza el libro con la contribución de Marta MUÑOZ DE MORALES ROMERO y su artículo sobre ***Programas de cumplimiento “efectivos” en la experiencia comparada***, con un valioso análisis de precedentes de la práctica judicial fundamentalmente americana de los que aprender para el diseño del nuevo escenario de responsabilidad penal de la persona jurídica en el sistema español.

Como se ha propuesto ya por varios autores, la mera existencia de un programa de cumplimiento no es motivo de exoneración de responsabilidad ni tan siquiera de atenuación, pues deberá probarse su efectividad, aunque no está claro qué es un programa de *compliance* efectivo para los jueces.

Se propone el caso *Siemens AG* como única fuente útil de análisis de la *compliance* en pronunciamientos judiciales, para seguir con el estudio de los acuerdos preprocesales americanos en los que la Fiscalía renuncia a acusar a mercantiles bajo la



condición de establecer rígidas condiciones sobre cumplimiento normativo. Dichos acuerdos son, actualmente, nuestra real jurisprudencia ante la falta de pronunciamientos judiciales en los que sustentan criterios con seguridad jurídica.

La autora analiza estos casos de acuerdo pre-procesal y proporciona datos sobre las soluciones transaccionales en casos de corrupción que en definitiva son fórmulas de establecer las condiciones de una criminal *compliance* eficaz (códigos de conducta, *compliance officer*, *hotlines* de denuncia interna para *whistleblowers*, revisión periódica del programa, etc.), deteniéndose muy especialmente en el control interno de la contabilidad empresarial.

El libro ofrece, pues, múltiples aproximaciones al fenómeno de la *compliance* penal, con contribuciones variadas y sobretodo con un enriquecimiento del debate que resulta necesario en este momento inicial de implementación en nuestro entorno jurídico de los principios de cumplimiento normativo y ética empresarial.