

**CRIMINALIDAD DE EMPRESA
Y *COMPLIANCE***

PREVENCIÓN Y REACCIONES CORPORATIVAS

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ÁNGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

**CRIMINALIDAD DE
EMPRESA Y *COMPLIANCE*
PREVENCIÓN Y REACCIONES
CORPORATIVAS**

Jesús-María Silva Sánchez (Director)

Raquel Montaner Fernández (Coordinadora)

Colección: Atelier Penal

Directores:

Jesús-María Silva Sánchez

(Catedrático de Derecho penal de la UPF)

Ricardo Robles Planas

(Profesor de Derecho penal de la UPF)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reproducere, plagiar, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2013 Jesús-María Silva Sánchez y Raquel Montaner Fernández

© 2013 Atelier

Via Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-15690-18-4

Depósito legal: B-5959-2013

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona

www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.	13
CAPÍTULO 1. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN DERECHO ESPAÑOL.	15
<i>Jesús-María Silva Sánchez</i>	
I. Introducción.	15
II. El modelo español de imputación a las personas jurídicas de una responsabilidad penal por delitos cometidos en su seno.	21
1. La acogida (en principio) del modelo de la atribución.	21
2. Elementos que parecen introducir incoherencias en el modelo de la atribución.	27
3. Otras figuras legales problemáticas desde la perspectiva de un modelo de transferencia.	29
III. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y criminal compliance. .	30
IV. Las «penas» de las personas jurídicas.	32
V. Un modelo interpretativo restrictivo, de posible aplicación al texto legal español.	34
VI. Bibliografía.	39
CAPÍTULO 2. ¿PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO COMO FORMA DE AUTORREGULACIÓN REGULADA?	43
<i>Ivó Coca Vila</i>	
I. Introducción.	43
II. La autorregulación.	45
1. Autorregulación pura o voluntaria.	48
2. La meta-regulación.	50
3. Autorregulación regulada o co-regulación.	51
4. Legitimidad y autorregulación regulada.	52
III. Organización en <i>Compliance</i>	54
1. Cultura del cumplimiento.	56
2. El pre-establecimiento de objetivos empresariales.	57
3. Evaluación de riesgos.	57

4. Adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos.....	57
5. Delimitación de los ámbitos de competencia	58
6. Sistemas internos de comunicación.....	58
7. Sistemas de supervisión y sanción.....	59
IV. Los Programas de Cumplimiento	60
1. Concepto y ejemplos en el Derecho comparado	60
2. Los efectos jurídico-penales de los Programas de Cumplimiento en el Derecho penal español.....	63
3. ¿Programas de Cumplimiento como forma de autorregulación en el Derecho penal español?	68
V. Bibliografía.....	72
CAPÍTULO 3. AUTORREGULACIÓN EMPRESARIAL, ORDENAMIENTO JURÍDICO Y DERECHO PENAL. PASADO, PRESENTE Y FUTURO DE LOS LÍMITES JURÍDICO-PENALES AL LIBRE MERCADO Y A LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	77
<i>Arturo González de León Berini</i>	
I. Introducción: el contexto actual de la crisis financiera internacional... ..	77
II. La autorregulación como uno de los elementos estratégicos clave en la recuperación del sistema financiero internacional	78
III. La convergencia de intereses entre la empresa y la sociedad como la base para asegurar el éxito de un sistema de autorregulación	83
IV. El papel central de los organismos institucionales de supervisión y su lugar en el sistema mixto de autorregulación empresarial.....	85
V. La necesidad de establecer mecanismos internos que aseguren el cumplimiento efectivo de las tareas de supervisión y control.....	89
VI. El problema de las grandes corporaciones financieras: ¿cómo conseguir su compromiso efectivo con el sistema autorregulatorio?	91
VII. Las reformas necesarias en el sistema de autorregulación empresarial respecto a las grandes instituciones financieras	94
VIII. De lo simbólico a lo real: el papel del marco jurídico global como incentivo para el cumplimiento efectivo del sistema de regulación	96
IX. La búsqueda de un correcto equilibrio institucional entre vigilancia y refuerzo sancionatorio para hacer efectiva la autorregulación	100
X. Conclusión: hacia una autorregulación vigilada y disuasoria	103
XI. Bibliografía	105
CAPÍTULO 4. LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA Y EL DERECHO PENAL ECONÓMICO	111
<i>Iván Navas Mondaca</i>	
I. Introducción.....	111
II. Aproximación al concepto de código de conducta	112
III. Origen de los códigos de conducta	115
IV. Tipos de códigos de conducta	116
1. Códigos modelos.....	116
2. Códigos Intergubernamentales.....	117
3. Códigos de las múltiples partes interesadas (Multi Stakeholders)....	118
4. Códigos de Asociaciones de Comercio	118
5. Códigos de empresa	118
V. Contenido mínimo de un código de conducta	119

VI. El problema de la exigibilidad	120
VII. Códigos de conducta y Derecho penal económico	122
VIII. Ventajas de la implementación de un código de conducta	125
IX. Conclusiones	126
X. Bibliografía	127
CAPÍTULO 5. EL <i>CRIMINAL COMPLIANCE</i> EN LA REFORMA NORTEAMERICANA DE LA <i>DODD-FRANK ACT</i>.	131
<i>Arturo González de León Berini</i>	
I. Introducción	131
II. Los objetivos principales de la reforma norteamericana de 2010	132
III. Los aspectos más destacados de la <i>Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act</i>	133
IV. Un sistema de mayor protección a los accionistas e inversores	135
1. La imposición de deberes fiduciarios a los asesores financieros.	135
2. Algunas cuestiones relativas a la autorregulación del sistema financiero.	136
V. El papel de los whistleblowers en el sistema de <i>compliance</i>	136
1. La regulación de la figura del <i>whistleblower</i> en el ámbito de la reforma financiera	137
2. Análisis de la regulación adoptada: algunos comentarios críticos ...	138
3. Otros aspectos relevantes de la reforma financiera de 2010	139
VI. Un nuevo régimen para las agencias de calificación crediticia	140
VII. Conclusiones	141
VIII. Bibliografía	141
CAPÍTULO 6. LA ESTANDARIZACIÓN ALEMANA DE LOS SISTEMAS DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO: IMPLICACIONES JURÍDICO-PENALES	143
<i>Raquel Montaner Fernández</i>	
I. Introducción	143
II. La norma IDW PS 980	144
1. Características de los sistemas de cumplimiento estandarizados ...	146
A) Conceptos fundamentales	147
B) Los elementos fundamentales de un sistema de gestión de cumplimiento	148
2. La auditoría del sistema de gestión de cumplimiento	149
A) Características generales	149
B) El sujeto activo de la auditoría: el auditor del sistema de gestión de cumplimiento	151
C) El informe de auditoría	153
III. ¿Implicaciones jurídico-penales de las auditorías del sistema de gestión de cumplimiento?	154
IV. Reflexiones finales	158
V. Bibliografía	159
CAPÍTULO 7. LOS PROCEDIMIENTOS INTERNOS DE DENUNCIA COMO MEDIDA DE PREVENCIÓN DE DELITOS EN LA EMPRESA	161
<i>Ramon Ragués i Vallès</i>	
I. Introducción	161

II.	La denuncia interna como manifestación del fenómeno del <i>whistleblowing</i>	163
	1. Orígenes en los Estados Unidos.	163
	2. Expansión del fenómeno a escala internacional.	165
	3. Introducción en España	167
	4. Voces críticas	168
III.	Denuncias internas y responsabilidad penal	170
	1. Responsabilidad penal de personas físicas	170
	2. Responsabilidad penal de personas jurídicas	172
	A) Procedimiento de denuncia y ejercicio del control debido sobre los subordinados (art. 31 <i>bis</i> 1 inciso II CP).	173
	B) Procedimientos internos de denuncia como factor de atenuación (art. 31 <i>bis</i> 4 d CP)	175
IV.	Requisitos del procedimiento de denuncia interna como elemento a considerar para una posible exención o atenuación de responsabilidad penal.	176
	1. ¿Quién puede denunciar? ¿Son aceptables las denuncias anónimas?	177
	A) Potenciales denunciantes: empleados y terceras personas	177
	B) Anonimato y confidencialidad.	181
	2. ¿Quién puede ser denunciado y por qué hechos?	183
	3. ¿Ante quién hay que denunciar?	184
	4. ¿Cuáles deben ser los canales de denuncia?	187
	5. ¿Cuál debe ser la primera reacción de la empresa?	189
	6. ¿Cómo debe actuar la empresa si la investigación interna confirma la credibilidad de la denuncia?	191
	A) En términos reactivos.	191
	B) En términos preventivos	194
V.	Balance	194
 CAPÍTULO 8. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES Y DEBERES DEL EMPRESARIO: CONFLICTO EN LAS INVESTIGACIONES EMPRESARIALES INTERNAS		197
<i>Albert Estrada i Cuadras y Mariona Llobet Anglí</i>		
I.	Introducción	197
II.	Clases de investigaciones empresariales internas	201
III.	Beneficios de carácter penal de la realización de investigaciones empresariales internas.	203
IV.	La (aparente) colisión de deberes del empresario.	204
V.	Límites al control de los medios de producción por parte del empresario	206
	1. Límites extra-penales	207
	2. Límites jurídico-penales	212
	A) El bien jurídico protegido y el tipo de información objeto de protección	213
	B) Los deberes de autoprotección de la víctima.	215
	C) El elemento subjetivo especial.	219
VI.	El uso de investigadores privados	220
VII.	Intromisión en la esfera íntima de los trabajadores mediante la realización de preguntas sobre cuestiones de carácter personal (ideología y vida sexual).	222

VIII. ¿Justificación?	223
IX. Conclusiones.....	225
X. Bibliografía.....	226
CAPÍTULO 9. LA ATENUANTE DE COLABORACIÓN	229
<i>Beatriz Goena Vives</i>	
I. Introducción.....	229
II. Las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el Derecho español: artículos 21 y 31.bis.4 CP	231
III. Posibles precedentes de la atenuante de colaboración en el Código penal: una interpretación del 31.bis.4.b) a la luz de los artículos 376 y 305.4 CP	237
1. Atenuación de la pena al delincuente arrepentido en el tráfico de drogas: art. 376 CP	237
2. La exención de responsabilidad penal por regularización tributaria: artículo 305.4 CP.....	239
IV. Atenuante de colaboración y teoría de la pena.....	242
1. Consideraciones generales	242
2. Atenuante de colaboración y análisis económico del Derecho	245
V. Posibles problemas de la atenuante de colaboración	247
1. Cuestiones de técnica legislativa	248
A) ¿Deber de colaborar o colaboración voluntaria?	248
B) Carácter facultativo de la atenuación	248
C) La aplicación alternativa o acumulativa con respecto a las otras atenuantes.....	249
D) La coordinación del art. 31.bis.4.b) CP con otras previsiones similares como el art. 376 CP, el art. 579 CP o el art. 305.4 CP, que también operan para las personas jurídicas.....	250
2. Cuestiones de derechos fundamentales.....	251
VI. Derecho federal americano como referente en materia de colaboración	252
1. La colaboración o <i>cooperation</i> en las <i>Sentencing Guidelines</i>	253
2. Colaboración y Acuerdos de DPA o NPA.....	254
VII. Conclusión	258
VIII. Bibliografía.....	259
CAPÍTULO 10. RESPONSABILIDADES INDIVIDUALES EN ESTRUCTURAS DE EMPRESA: LA INFLUENCIA DE SESGOS COGNITIVOS Y DINÁMICAS DE GRUPO .	265
<i>Jesús-María Silva Sánchez y Lorena Varela</i>	
I. Introducción.....	265
II. Aproximación a la fenomenología de los sesgos cognitivos desde una perspectiva individual	267
III. Sesgos cognitivos e imputación subjetiva: algunas consideraciones	270
IV. Aproximación a la fenomenología de los sesgos cognitivos desde una perspectiva grupal y a otros efectos de las dinámicas de grupo	276
V. Injusto subjetivo y culpabilidad en los casos de sesgos y dinámicas de grupo: algunas consideraciones.....	280
VI. Algunas consideraciones sobre la neutralización de sesgos cognitivos y de la influencia de fuerzas situacionales en la empresa	282

VII. Balance	283
VIII. Bibliografía	284

CAPÍTULO 11. LA POSICIÓN JURÍDICA DEL ABOGADO: ENTRE LA CONFIDENCIALIDAD Y LOS DEBERES POSITIVOS. 287

Ivó Coca Vila

I. Introducción	287
II. El secreto profesional en el ordenamiento español	288
III. La confidencialidad abogado-cliente en el Derecho Comunitario	293
IV. Abogacía y blanqueo de capitales	295
V. La responsabilidad del abogado por la infracción de deberes positivos ..	298
VI. Colisión de deberes	301
VII. Secreto profesional y blanqueo de capitales	303
1. El Abogado de empresa y el secreto profesional en el ordenamiento jurídico español	304
2. El deber de reserva del secreto profesional	306
3. El abogado no sujeto	309
A) El desempeño de la misión de defensa en procesos judiciales o en relación con ellos	309
B) La determinación de la posición jurídica en favor del cliente ...	310
VII. Conclusiones	313
IX. Bibliografía	315

CAPÍTULO 12. EL RESPONSABLE DE CUMPLIMIENTO («COMPLIANCE OFFICER») ANTE EL DERECHO PENAL. 319

Ricardo Robles Planas

I. Introducción. La figura del responsable de cumplimiento	319
II. El alcance de la posición de garante del empresario	322
III. ¿Qué asume el responsable de cumplimiento?	324
IV. Presupuestos de la responsabilidad	325
V. ¿Autor o partícipe?	326
VI. Problemas de imputación subjetiva y en los delitos especiales	329
VII. Bibliografía	330

INTRODUCCIÓN

El Derecho penal de la empresa ha ido configurándose progresivamente como un «Derecho penal del riesgo». Ello ha determinado su transformación estructural. Así, la estructura clásica del Derecho penal —la prohibición directa del riesgo jurídicamente desaprobado— ha pasado a convivir con otras estructuras más complejas y menos estudiadas, que sin embargo habrán de asociarse a aquella de modo probablemente irreversible. Es cierto que el modelo de prohibición directa de riesgos ha debido afrontar la aparición de fenómenos problemáticos para cuya superación seguramente no dispone de los mecanismos adecuados. A mero título de ejemplo, pueden mencionarse los casos de riesgo estructural o sistémico, los supuestos de acumulación de riesgos o los riesgos permitidos en virtud de decisiones administrativas. El abordaje de problemas como los referidos ha dado lugar a la aparición de modelos de solución específicos de un Derecho penal del riesgo: a saber, el del riesgo permitido condicionado, el del principio de precaución o, en fin, el de la prohibición de la mera sospecha de riesgo.

Sin embargo, como se ha indicado, lo cierto es que la estructura de prohibición directa del riesgo ha pasado a articularse de modo más o menos claro con estructuras de gestión de riesgos. La gestión de riesgos para bienes jurídicos puede manifestarse en un control técnico centralizado, llevado a cabo a través de los correspondientes órganos de la Administración pública. Ello genera nuevas clases de normas (e infracciones) penales: por un lado, las dirigidas a salvaguardar la integridad de los funcionarios de las agencias públicas de control; por otro lado, las que imponen deberes de colaboración con éstas, ya del sujeto sometido a control (así, el art. 294 CP), ya de otros terceros con funciones de *gatekeeper* (como los notarios, a propósito del delito de blanqueo de capitales). Ahora bien, junto a la estructura de control técnico centralizado surge asimismo la estructura de control descentralizado de riesgos. En este caso, el control puede atribuirse a sujetos ajenos a la fuente de riesgo: por ejemplo a auditores externos, sobre los que entonces recae un mandato jurídico-penal de probidad; pero también cabe —y esto es lo que aquí interesa de modo especial— que se atribuya a sujetos vinculados a la fuente de riesgo.

Este es el supuesto de la autorregulación regulada, estructura que —dejando al margen otras de sus muchas manifestaciones— ha querido advertirse en los progra-

mas de cumplimiento normativo (*compliance programs*) y, más precisamente, en los programas de cumplimiento jurídico-penal (*criminal compliance programs*) cuya elaboración se exige a las personas jurídicas y empresas. Como ha sido indicado, *compliance* significa cumplimiento de las determinaciones legales, de los estándares regulatorios y el cumplimiento de otras exigencias esenciales de los *stakeholders*. El *compliance* contribuye a mejorar la sostenibilidad del modelo de negocio, el prestigio ante la opinión pública y la situación financiera de una empresa. El *compliance* abarca el establecimiento de sistemas, procesos y estructuras organizativas adecuadas en la empresa». ¹ El caso es que progresivamente ha ido asentándose en la doctrina y jurisprudencia la idea de que tanto la omisión de establecimiento de un programa de cumplimiento normativo jurídico-penal adecuado a las circunstancias, como la omisión de su actualización o los déficits en su gestión, como —en fin— la infracción de sus disposiciones, constituyen el fundamento último de la novedosa responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero asimismo generan responsabilidad penal individual para administradores, directivos y empleados de las referidas personas jurídicas; no en vano, incluso han dado lugar al surgimiento de una nueva posición de responsabilidad, cuyos contornos a los efectos del Derecho penal siguen siendo bastante oscuros: el llamado *compliance officer*, o directivo de cumplimiento.

De todo ello se ocupan las páginas que siguen, en las que se trata de la responsabilidad penal de las personas jurídicas; de los programas de cumplimiento; de las investigaciones corporativas internas y la gestión de los canales de denuncia interna; de los deberes de colaboración con la Administración de justicia; de las culturas corporativas sesgadas; del papel de los abogados de empresa y de los *compliance officers*; entre otros temas. Una obra que pretende servir de referencia a todos los operadores del sistema jurídico penal (abogados penalistas, jueces y fiscales), pero también a los asesores de empresa que han de ir aprendiendo a desenvolverse en este complejo mundo de autorregulación y autogestión del que se derivan responsabilidades penales, en ocasiones junto con manifiestos conflictos de intereses.

No puedo finalizar sin agradecer a los autores su empeño continuado. Todos ellos han contribuido a la culminación de esta obra que puede prestar una significativa contribución a la práctica del Derecho. A Raquel Montaner e Ivó Coca debo agradecer su disposición supererogatoria. ² Siempre he creído que sin la supererogación virtuosa de algunos resulta imposible que una agrupación de personas —la que sea— cumpla finalmente el deber común. Y este caso no había de ser una excepción.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ

1. MENZIES (Hrsg.), *Sarbanes-Oxley und Corporate Compliance. Nachhaltigkeit, Optimierung, Integration*, 2006, p. 2.

2. Esta obra se enmarca en el Proyecto de investigación «Nuevos fenómenos regulatorios y responsabilidad penal de la empresa», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Referencia del Proyecto: FFI2008-01738/FISO.