

PROBLEMAS FUNDAMENTALES DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL DERECHO PENAL¹

Adán Nieto Martín

Sumario: I. Introducción. II. ¿Qué aporta el derecho penal al *compliance*? III. ¿Qué aporta el *compliance* al derecho penal? A. Programas de cumplimiento y estructura de la imputación: *offenses and defenses*. B. Bases político-criminales de los programas de cumplimiento: panóptico empresarial *vs.* «*stakeholder democracy*». C. *Offense*: ¿cómo medimos la eficacia de los programas de cumplimiento? D. La decepcionante aplicación judicial. E. *Defense*: exigibilidad y programas de cumplimiento. IV. *Compliance* y proceso penal.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo aborda tres aspectos esenciales relativos a las relaciones entre *compliance* y derecho penal. En primer lugar, en un intento de aproximación al concepto

¹ Trabajo realizado en el marco del programa de investigación, «*Good citizens corporations: Programas de cumplimiento normativo en entidades públicas*». Ref. POII10-0105-614. 2010-2013.

de *compliance*, señalaré cuál es —o debiera ser— la posición del derecho penal ante las formas de autorregulación empresarial. ¿Qué contenidos nuevos, desde la óptica penal, deben introducirse en el sistema de normas y procedimientos internos con los que ya cuentan las empresas? El segundo apartado se ocupa de la otra cara de la moneda: ¿qué aporta el *compliance* al derecho penal? Los sistemas de cumplimiento constituyen sistemas de control social empresarial que ayudan al Estado y al derecho penal en su tarea de controlar la criminalidad. La mejor forma para optimizar esta colaboración es la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, considerando que contar con una organización defectuosa o no virtuosa constituye el núcleo de su responsabilidad o «culpabilidad»².

Este punto de partida, sobre el que existe acuerdo, se entremezcla con la construcción de un concepto de delito propio de las personas jurídicas. ¿Pertenece el defecto de organización al injusto o a la culpabilidad propia de la persona jurídica?; más aún, ¿tiene sentido hablar de injusto y culpabilidad en relación con las infracciones cometidas por las empresas?

Pero más allá de esta cuestión, se encuentran otros muchos interrogantes: ¿qué es un programa de cumplimiento eficaz?, ¿qué criterios han utilizado hasta ahora jueces y fiscales para analizar los programas de cumplimiento?, ¿dónde puede estar la clave para que los programas de cumplimiento funcionen y cumplan su misión preventiva? No puede desconocerse que el cumplimiento normativo supone incrementar el poder de los administradores y directivos dentro de las empresas, pues les legitima para establecer medidas de control. ¿Qué ponderación es la adecuada, en este nuevo escenario, para legitimar posibles restricciones en los derechos fundamentales de los empleados?, ¿qué zonas conflictivas pueden tener los programas de cumplimiento con el derecho del trabajo y de protección de datos? Estos interrogantes nos conducen probablemente al tema que resulta esencial: si los programas de cumplimiento significan incrementar el poder y el control, ¿cómo aumentar la legitimidad de este tipo de autorregulación empresarial³?

La tercera parte del trabajo analiza las relaciones entre *compliance* y proceso penal. Para desplegar toda su eficacia práctica, los programas de cumplimiento necesitan un entorno procesal propicio, adaptado. La experiencia de los EE.UU. —es decir, del país con mayor experiencia— nos indica que esta es una cuestión crucial. Un buen entorno procesal para el cumplimiento normativo es el que

2 Desde luego, las implicaciones del *compliance* en el derecho penal no se limitan a servir de base al sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, con ser este el aspecto más importante. Para esta visión más amplia, véase por ejemplo Engelhart, 2010, p. 496 y ss.; Nieto Martín, 2008a; Sieber, 2008, p. 1113 y ss.

3 Sobre el problema de la legitimidad en la autorregulación, véase Maroto Calatayud, 2008, p. 53 y ss.

permite que las empresas realicen investigaciones internas y que estas puedan ser utilizadas en el proceso penal o en otro proceso público (por ejemplo, ante las autoridades bursátiles). De nuevo aquí, el caso Siemens sirve de paradigma. Con ello, sin duda, tanto las empresas como el ministerio fiscal obtienen ventajas, pero no puede ocultarse que en el otro lado existen nuevos riesgos para derechos fundamentales y garantías procesales. Un proceso penal en el que tanto el Estado como la empresa investigan puede generar un desequilibrio importante en el principio de igualdad de armas.

II. ¿QUÉ APORTA EL DERECHO PENAL AL COMPLIANCE?

El término «cumplimiento» es uno de los más vagos e inexpresivos que se haya acuñado jamás. Por sí solo no dice apenas nada, salvo lo evidente: actuar conforme a la legalidad, entendiendo también por ello el cumplimiento de obligaciones civiles y directrices internas de la empresa⁴. Esta simplicidad se convierte, sin embargo, en algo extraordinariamente rico y complejo cuando se contempla cómo actúa el cumplimiento normativo más allá del ordenamiento jurídico y cómo se conforman los programas de cumplimiento dentro de las empresas.

La autorregulación empresarial, además de tener una función propia dentro del sistema de normas penales o de los ordenamientos jurídicos, ha generado un sistema de *enforcement* autónomo que ha contribuido a la expansión de los programas de cumplimiento. Así, por ejemplo, en el mundo económico se ha extendido la práctica de la *due diligence*, mediante la que se comprueba cuál es el nivel de cumplimiento de una empresa que se va a adquirir o con la que se va a realizar una *joint venture*⁵. Muchos códigos éticos o normas internas exigen a sus proveedores, por ejemplo, que cuenten con sistemas de cumplimiento homogéneos y existen organizaciones internacionales, como el Banco Mundial⁶ o el Banco Europeo de Inversiones⁷, que exigen contar con medidas de prevención contra la corrupción para acceder a su financiación. En un mundo globalizado, donde la capacidad reguladora y sancionadora de los Estados desgraciadamente se ha debilitado, el cumplimiento normativo es un instrumento de gobernanza global o de *global law*⁸.

4 Con ulteriores referencias, Bock, 2011, p. 19 y ss.

5 Acerca de la *due diligence*, en el sentido que aquí interesa: *Guidelines on reputational due diligence, Report 356*, septiembre de 2004, The International Association of Oil & Gas Producers.

6 World Bank, 2011 y 2012.

7 European Investment Bank, 2011.

8 Véase Sieber, 2010, p. 1 y ss.

Si el cumplimiento normativo, como acabamos de ver, contiene un sistema de *enforcement* autónomo, las normas internas de la empresa que se integran en los programas de cumplimiento se asemejan a una especie de gran río en el que desembocan numerosos afluentes, de muy distinta procedencia. Aunque los afluentes pueden ser diversos dependiendo del tipo de empresa, en una gran empresa cotizada, que son las que tienen los sistemas de cumplimiento más caudalosos, los afluentes son los siguientes:

- En primer lugar, la legislación en ámbitos como la prevención de riesgos laborales, la protección de datos, el blanqueo de capitales o el abuso de mercado, el mercado de valores, etc. Estas normativas imponen a las empresas la obligación de adoptar controles internos con el fin de prevenir determinadas infracciones normativas. Aunque de ámbitos legislativos muy dispares, todas estas normas, procedentes de lo que se ha dado en llamar «autorregulación regulada»⁹, imponen a las empresas: nombrar un responsable para la administración del riesgo, establecer un sistema de documentación, análisis de riesgos, establecer normas de conducta, etc. Como puede apreciarse, el derecho administrativo, que es el origen de procedencia de estas regulaciones, aporta buena parte de los elementos comunes o transversales de los programas de cumplimiento¹⁰.
- El segundo afluente de los programas de cumplimiento es el «gobierno corporativo», término que tiene una definición tan ambigua como el de *compliance*, pero que representa un principio de carácter constitucional dentro de la empresa. Básicamente, la idea del buen gobierno es «luchar» contra el abuso de poder dentro de las corporaciones, generando, al igual que en los sistemas democráticos, un sistema de *checks and balances* y herramientas de control del «pueblo» —los *shareholders* y *stakeholders*— sobre los gobernantes-administradores. La conexión entre buen gobierno corporativo y sistema de cumplimiento es evidente en algunos países como Italia¹¹ o Chile¹², donde el legislador exige un órgano independiente para que supervise el funcionamiento de los modelos de organización. Pero más allá de estas concretas plasmaciones legales, resulta evidente

9 Por todos, Darnaculleta i Gardella, 2008.

10 Cfr. Nieto Martín, 2008a, p. 497 y ss.

11 Artículo d.l.b del decreto legislativo 231/2001, *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*.

12 Artículo A.l.b de la ley 20.393. Establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho.

que el cumplimiento normativo necesita de la lógica del buen gobierno. Cuando se piensa en cómo controlar a los administradores o a los puestos más elevados de dirección con el fin de que no cometan infracciones, resulta imprescindible contar con un órgano independiente del poder empresarial, de otro modo el control sobre la cúpula de la empresa no resulta creíble¹³.

- El tercer gran afluente son los códigos éticos que existen ya en todas las grandes empresas y en donde se recoge su compromiso de lucha contra la corrupción, la condena de prácticas restrictivas de la competencia, la protección de datos, etc. Las organizaciones internacionales, desde la OCDE a Naciones Unidas, han impulsado la ética de empresa, una forma de *soft law*, como mecanismo de control de formas de criminalidad de empresa globales. La ejecución de los códigos éticos ha llevado a la creación de nuevos órganos, como la Comisión del Código, *Ethics Board*, etc., y han aparecido cargos como el *ethics officer*, que cumplen funciones semejantes a los *compliance officer*. Una de las aportaciones más importantes de los códigos éticos de la última generación es que dejan de ser declaraciones programáticas y tienen carácter obligatorio para los empleados, lo que se traduce en la imposición de sanciones disciplinarias cuando se infrinja el código ético. La vigencia de las normas anticorrupción, de protección de la competencia o blanqueo de capitales no solo se garantiza a través del derecho penal, sino a través de sanciones que pueden ser incluso más temidas en ocasiones que las penales, como la pérdida del puesto de trabajo. Como puede apreciarse, la ética empresarial ha generado otro cuerpo normativo dentro de la empresa que integra o envuelve a todo el sistema de *compliance*. Fomentar una cultura de la legalidad en la empresa es imprescindible para que los sistemas de cumplimiento funcionen. De ahí que, por ejemplo, las *Guidelines* hablen expresamente de *Compliance and Ethics Programs*¹⁴.

La ética de empresa está estrechamente vinculada con otro término de moda: la «responsabilidad social». Igual que no hay gran empresa sin código ético, no hay página web donde uno no pueda leer un informe sobre responsabilidad corporativa, cuyos contenidos en ocasiones se solapan. La diferencia es probablemente que en este terreno se observa mayores esfuerzos de estandarización, la creación de organismos estatales o incluso iniciativas para pedir un mayor control en los casos de incumplimiento de la política de responsabilidad social. Aunque en muchas ocasiones la responsabilidad social corporativa aparece vinculada

13 Cfr. Laufer, 2006.

14 Cfr. Kaplan, 2004, p. 11 y ss.

con la sostenibilidad y el respeto al medioambiente, la primera tarea del ciudadano corporativo socialmente responsable sería el respeto a la ley¹⁵.

Un afluente no menos importante del río del *compliance* es la auditoría interna, cuya función original radicaba en detectar el fraude interno cometido por empleados y directivos contra la empresa. Los sistemas de cumplimiento son solo un conjunto de buenas intenciones si no van acompañados de procedimientos internos y normas de control que aseguren su efectivo cumplimiento. El actual paradigma de auditoría interna, la norma SAS 78, elaborada siguiendo las recomendaciones del informe COSO, define el control interno: «*as a process designed to provide reasonable assurance regarding the achievement of objectives for reliable financial statements, effective and efficient operations, and compliance with applicable laws and regulations*». Un sistema eficaz de control interno descansa en pilares tan fundamentales para los sistemas de cumplimiento como el análisis de riesgos, el ambiente de control y las actividades de control (políticas y procedimientos internos)¹⁶. Estas tres actividades y sus correspondientes metodologías son fundamentales para construir un sistema eficaz de prevención y detección de hechos delictivos. Esta nueva concepción concibe además a la ética de la empresa o la cultura de legalidad, al ambiente de control, como parte del control interno. Sobre esta idea volveremos después.

Un fenómeno más que debe integrarse dentro del entorno de *compliance* es la certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, DIN, etc.). Estas normas aportan una definición de responsabilidades, tareas y funciones dentro de las organizaciones con el fin de cumplir los más diversos objetivos, prevención de riesgos medioambientales¹⁷, laborales¹⁸, políticas de seguridad de la información¹⁹ o incluso criterios de responsabilidad social corporativa²⁰. Las normas ISO han contribuido a aclarar notablemente el sistema de delegación de funciones dentro de la empresa estableciendo responsabilidades precisas, a implantar sistemas documentales que demuestran que el sistema funciona o que dejan constancias, de los problemas existentes («partes de no conformidad») y de su corrección, a crear flujos de comunicación, deberes de supervisión, a destacar la importancia de la formación y la necesidad de implicar a empleados y muy especialmente a directivos (*tone from the top*), etc. Es más, han conseguido que todo ello se plasme en «Manuales» de la empresa, que son un modelo a seguir para quien quiera

15 Con referencias, Engelhart, 2010, p. 49 y ss.

16 Cfr. Nieto Martín, 2008b, p. 225 y ss.

17 Por ejemplo, UNE-EN ISO 14001: 2009.

18 OHSAS 18001: 2007. Sistemas de gestión de la seguridad en el trabajo.

19 ISO/IEC 27002: 2005. Código de Buenas Prácticas para la Gestión de la Seguridad de la Información.

20 ISO 26000.

confeccionar un «Manual de criminal *compliance*». Igualmente, y conjuntamente con el sistema de auditorías (de cuentas, de riesgos laborales, medioambiental), han contribuido a asentar la cultura de la revisión externa dentro de las empresas, algo que resulta determinante para la calidad de los sistemas de cumplimiento.

Finalmente, en esta maraña de tendencias, regulaciones y técnicas de organización, aparece la responsabilidad penal de las personas jurídicas con un nuevo mensaje: una correcta organización interna con el fin de prevenir y detectar hechos delictivos puede exonerar de la sanción o servir para una fuerte reducción. En algunos sistemas (EE.UU., Italia, Chile, Australia, Reino Unido) se han regulado los diversos puntos que tienen que tener los sistemas de cumplimiento penales. En España, en cambio, el legislador habla genéricamente de debido control y de «medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos» e igual ocurre, por ejemplo, en Austria.

Llegados a este punto, la pregunta es qué puede aportar el derecho penal a la autorregulación empresarial y cómo debe coordinarse con todo este entramado de normas internas. El punto de partida es que el derecho penal ha sido el último invitado a esta fiesta corporativa de la «autorregulación». Resulta sintomático que, allí donde se ha decidido regular el contenido de los programas de cumplimiento, no se ha aportado ningún elemento esencial que no estuviera ya contenido en alguno de los afluentes del río del *compliance*. Las exigencias que se desprenden, por ejemplo, del derecho administrativo o del *corporate governance* (órganos independientes, sistemas de documentación, denuncias internas, *risk assesment*, etc.) coinciden con las disposiciones específicamente penales reguladoras de los programas de cumplimiento, como la contenida en el capítulo 8 de las *Guidelines*, el decreto legislativo 231 italiano o la *Bribery Act* en el Reino Unido.

Cuando una empresa cuenta con todos o la mayoría de los elementos que se ha ido analizando, en realidad un programa de cumplimiento «penal» consiste en ordenar todo lo anterior y leerlo con las *Denkbrillen* del penalista, renunciando en principio a añadir a todo lo anterior un *compliance* más, el criminal *compliance*²¹. De este punto de partida se derivan varias consecuencias básicas.

La primera es que, cuando una empresa no posee ninguno o la mayoría de los «afluentes» del río del *compliance*, resulta muy complejo empezar abruptamente implantando sistemas de prevención de hechos delictivos. Es tanto como empezar a construir la casa por el tejado. Donde no existen procedimientos para contratar con proveedores, controlar los pagos, sistemas de seguridad de la información, etc., implantar un sistema de prevención penal tiene un coste excesivo. Este problema

21 Cfr. Rotsch, 2012.

afecta sobre todo a pequeñas empresas, que parten de una posición de notable desventaja.

Esta constatación conduce a una pregunta de política criminal clave: ¿qué sentido tiene la responsabilidad de las personas jurídicas en este tipo de empresas? Aunque después volveré sobre la cuestión, con relación a pequeñas y medianas empresas, la responsabilidad tendría sentido, por ejemplo, en ámbitos específicos donde ya vienen obligadas por el derecho administrativo (medioambiente, riesgos laborales, protección de datos) a instaurar sistemas de control.

La segunda consideración es que la tarea de las empresas no consiste en cumplir específicamente con el derecho penal, sino contar con mecanismos de gestión y control internos que les permitan cumplir con toda la normativa que les afecta, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. Las normas penales en el derecho penal económico son accesorias de todos estos preceptos. El objetivo del *compliance* no es evitar ser castigadas por un delito contra el medioambiente, sino cumplir con la legislación medioambiental.

Esto ocurre incluso allí donde la «ley no llega». Los códigos éticos y no el derecho penal deben ser los que delimiten el perímetro de las conductas prohibidas y las normas de comportamiento dentro de la empresa. Los códigos éticos o las políticas de empresa en muchas materias, como la corrupción o la administración desleal (conflictos de intereses), suelen —y deben— ir más allá de la ley, prohibiendo conductas que están en la zona previa de los tipos penales o instaurando normas de flaqueo. El criminal *compliance* no consiste en asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita moverse en el filo de la navaja, sino para que cumpla con lo dispuesto en los códigos éticos. Por esta razón, al *compliance* no le interesan necesariamente los complejos debates del derecho penal económico acerca de si la conducta A es típica o constituye otro tipo de ilícito. El cumplimiento normativo debe comenzar normalmente mucho antes del tipo penal. Esta forma de entender el cumplimiento normativo es especialmente útil para empresas multinacionales que actúan en varios ordenamientos. En estos casos, lo más funcional es apostar por el máximo denominador común y establecer como conductas a prevenir aquellas que se establezcan en el ordenamiento más exigente. No tiene sentido, salvo contadas excepciones (por ejemplo, política de atenciones en materia de corrupción) y resulta extraordinariamente complejo diseñar políticas específicas en cada país.

De cuanto se lleva dicho, se desprende otra importante consecuencia. Conforme al carácter de *ultima ratio* del derecho penal, deberíamos dar por buenos los estándares de prevención que ha desarrollado esta normativa específica de carácter administrativo o las normas de autorregulación. La empresa que cumpla con la normativa administrativa sobre blanqueo de capitales no debiera

ser sancionada por un delito de blanqueo de capitales, e igual debe ocurrir para la empresa que cumpla con las indicaciones que da la ley de mercado de valores para evitar el abuso de mercado, la ley de protección de datos, la normativa sobre protección de riesgos laborales, etcétera.

Este problema no ha pasado desapercibido en algunos ordenamientos. Las *Guidelines* apuntan la relación entre normas administrativas y estándares de calidad (normas ISO, etc.) y los programas de cumplimiento²². El no seguimiento de estas normas es un indicio de que el programa de cumplimiento no es eficaz. El legislador italiano recientemente ha adoptado una posición similar. En relación con el caso específico de los delitos contra la seguridad en el trabajo, ha indicado que el cumplimiento con determinados estándares de calidad (OHSAS 1001: 2007 y las directrices INI-ILAIL) constituyen una presunción favorable de que existe un programa de prevención eficaz en esta materia²³.

Como puede apreciarse en ambos casos, la eficacia de las normas extrapenales, ya procedan del propio ordenamiento jurídico o de la autorregulación empresarial, tienen una función procesal, estableciendo una presunción *iuris tantum* favorable a la eficacia del modelo. Esta opción resulta lógica —y después volveremos sobre ello— en relación con los estándares procedentes de certificadoras privadas, pero no en el caso de requisitos de organización impuestos y desarrollados pormenorizadamente por normas administrativas, como ocurre con el blanqueo de capitales. En este caso, la criminal *compliance* penal debiera entenderse como una norma penal en blanco. Allí donde se cumple con el derecho administrativo debe considerarse que no hay un ilícito penal. El carácter de *ultima ratio* del derecho penal y el principio de unidad del ordenamiento jurídico avalan esta tesis.

La relación entre los diversos sectores de la autorregulación empresarial y la prevención de hechos delictivos no solo es significativa para establecer la relación entre normas (normas administrativas, de estandarización, de un lado, y penales, de otro), sino también para determinar la organización de la empresa y atribuir responsabilidades. Antes de llegar el derecho penal a las empresas, estas contaban ya con personas responsables para gestionar riesgos legales en buena parte de lo que ahora se han convertido en riesgos penales. Esta distribución de riesgos debe seguir vigente, en cuanto que obedece además a criterios de competencia técnica. La organización del *compliance* puede pasar por integrar estas responsabilidades y saberes técnicos en un órgano matriz («comité de prevención») que coordine las distintas políticas y cuide del cumplimiento de los aspectos comunes

22 USSG § 8B2.1 Application Note 2 (B).

23 Véase Rossi & Gerino, 2009, p. 7 y ss.; para el medioambiente, donde existe una problemática similar, véase Scarella, 2011, p. 55 y ss.

o transversales (canal de denuncias, documentación, formación, revisión del sistema, etc.)²⁴.

Pero el derecho penal o, mejor dicho, las ciencias penales, pueden hacer importantes aportaciones con el fin de mejorar los sistemas de cumplimiento normativo y ello con independencia de si existe o no responsabilidad penal de personas jurídicas. Si los *compliance programs* hubieran sido estudiados y definidos por los criminólogos, sin duda los hubieran designado como medios de control social, cuya finalidad es impedir conductas desviadas dentro de una organización. La función de prevenir y detectar hechos delictivos ha sido tradicionalmente uno de los objetivos de la criminología. La estrategia de prevención de los programas de cumplimiento tiene bastantes puntos en común con algunas teorías de la criminalidad como la prevención comunitaria (reforzar los valores éticos, la cultura de cumplimiento de la comunidad-empresa, asumir una actitud activa frente al delito denunciándolo, buscar liderazgo en esta tarea —*tone from the top*—) o las técnicas de neutralización.

Más aún, el *risk assesment* (que procede del lenguaje de la auditoría²⁵), trasladado al lenguaje de la criminología, equivaldría a descubrir los factores etiológicos de las conductas delictivas dentro de la empresa, que pueden ser también individuales (grado de aversión al riesgo de los directivos) o colectivos (presión del mercado, sistema de remuneraciones que incita la búsqueda de beneficios a corto plazo, «omertá» dentro de la empresa, espíritu criminal de grupo, etc.). En definitiva, de toda la *gesamte Strafrechtswissenschaft*, es la criminología la que más debe implicarse en la confección de los sistemas de cumplimiento. El plan de estudios ideal para la formación de *compliance officer*, del oficial de ética o de cualquier persona que quiera dedicarse profesionalmente al cumplimiento normativo, sería una mezcla de criminología con conocimientos de auditoría y *management* empresarial.

El derecho penal puede contribuir además a formalizar, aún más, los sistemas de cumplimiento empresarial y a dotarlos de mayores garantías, introduciendo en ellos los valores propios del sistema penal liberal. El derecho penal necesita seguridad jurídica y puede aportarla al sistema interno de prevención. Por esta razón, me parece adecuada la opción que se ha seguido en aquellos países (como Italia o Chile) que, siguiendo el ejemplo de las *Guidelines*, han señalado los elementos básicos de los modelos de organización. Igualmente, las garantías y los valores del

24 Cfr. Moosmayer, 2010.

25 Tradicionalmente, en la auditoría de cuentas, a la hora de valorar el riesgo, se toma como valor esencial los perjuicios que puede ocasionar a la empresa. De este modo, la comisión de un delito se monetiza, pudiéndose valorar que un delito de extraordinaria gravedad —explotación del trabajo infantil— no supone un riesgo excesivo para la empresa porque, aunque llegara a descubrirse, no implicaría fuertes pérdidas económicas.

derecho penal pueden ayudar a perfilar la regulación de los canales de denuncias, la imposición de sanciones disciplinarias o la realización de investigaciones internas.

III. ¿QUÉ APORTA EL *COMPLIANCE* AL DERECHO PENAL?

Una vez aclarado que el cumplimiento normativo debe comenzar antes que el cumplimiento con la norma penal y que los sistemas de *compliance* vienen ya dados en gran medida por normas extrapenales, la tarea es integrar este sistema en el derecho penal y, más concretamente, en el sistema de responsabilidad penal —en sentido amplio— de personas jurídicas.

A estas alturas podemos constatar que existe una tendencia fuerte tanto en la legislación como, sobre todo, en la doctrina, a rechazar el modelo vicarial como forma de explicar la responsabilidad de la persona jurídica por el delito cometido por uno de sus empleados²⁶. Situados en un modelo de imputación a la empresa que descansa en la responsabilidad por el hecho propio, en cualquiera de sus variantes, existe acuerdo acerca de que los programas de cumplimiento son una pieza clave para decidir sobre la responsabilidad. De *lege lata*, en un buen número de países europeos (Alemania, Austria, España, Italia, Austria, etc.), la responsabilidad propia de la empresa se basa ya en un defecto de organización o en la denominada «culpabilidad por defecto de organización». Los programas de cumplimiento constituyen el conjunto de medidas que la empresa debe adoptar para contar con una organización virtuosa y no ser responsable penalmente o ver rebajada su sanción en el caso en el que alguno de sus empleados (administradores, directivos, trabajadores, etc.) realice un delito en el desempeño de sus funciones²⁷.

Más allá de este punto, como vamos a comprobar, los acuerdos dejan de existir.

A. Programas de cumplimiento y estructura de la imputación: *offenses and defenses*

Un primer debate sería si la existencia de un programa de cumplimiento debe examinarse en el injusto o en la culpabilidad de la infracción cometida por la persona jurídica. Para algunos autores, el injusto propio de la persona jurídica es un fallo de organización que equivale a no contar con un programa de cumplimiento o no haberlo implantado de manera eficaz. Para otros, en cambio, el programa

26 Para una crítica del modelo de responsabilidad vicarial, con ulteriores referencias, véase Nieto Martín, 2008b, p. 102 y ss.

27 Un análisis actual de los distintos ordenamientos europeos puede verse en Fiorella, 2012.

de cumplimiento se vincula con la culpabilidad. Un programa de cumplimiento eficaz indicaría que la empresa es un buen ciudadano corporativo fiel al derecho²⁸.

En realidad, lo que ha de aclararse es si respecto a las personas jurídicas tiene sentido un sistema de imputación o de responsabilidad penal basado en las mismas categorías que el existente en el caso de las personas físicas, que adoptara un concepto de delito basado en la estructura del comportamiento, típico, antijurídico, culpable y punible²⁹. Estas categorías responden a las necesidades y problemas específicos de la responsabilidad individual, en el que los elementos subjetivos, los factores personales y los distintos tipos de comportamientos, activos y omisivos, juegan un papel central; por esta razón, trasladar este complejo y refinado edificio a la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta inadecuado, complica innecesariamente la asignación de responsabilidad y además carece de rendimientos prácticos.

Pero más allá de esta cuestión, esta concepción del delito responde a una determinada tradición jurídica, la germánica, que no es mayoritaria en el ámbito internacional. A diferencia del edificio conceptual de la responsabilidad penal individual, que procede del siglo XIX y puede responder a concepciones puramente nacionales, la responsabilidad de las personas jurídicas es necesario que responda a una dogmática común compartida internacionalmente. Los destinatarios principales de este tipo de responsabilidad son empresas que realizan su actividad en varios territorios y que por tanto están sujetas de manera simultánea a varios ordenamientos jurídicos. Un sistema de responsabilidad armonizado, sencillo y entendible por todas las tradiciones jurídicas, resulta por tanto una necesidad.

El sistema de responsabilidad que mejor se adecúa a estos requisitos (común, sencillo y compartido por todos) es el que opera en el derecho penal internacional, en el que se distinguen básicamente dos categorías. la «ofensa» que describe la prohibición y las «defensas» que establecen todos los motivos, materiales o procesales, que pueden llevar a la exclusión de la responsabilidad³⁰. En nuestro caso, la existencia de un delito cometido por la persona física como consecuencia de un defecto de organización, de un programa de cumplimiento defectuoso o mal implementado, constituye el núcleo de la ofensa en la inmensa mayoría de los ordenamientos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas³¹. Como puede apreciarse, una *offense*, descrita de este modo,

28 Una exposición de las distintas posiciones puede verse en Feijoo Sánchez, 2011, p. 80 y ss.

29 Véase, por ejemplo, un intento de este tipo en Gómez-Jara Díez, 2012, p. 119 y ss.; Gómez Tomillo, 2010; o Feijoo Sánchez, 2011, p. 80 y ss.

30 Por todos, véase Ambos, 2005, p. 67 y ss.

31 Aunque lógicamente la ofensa de la persona jurídica podría ser construida sobre la sola base de un defecto de organización; es decir, la no adopción de medidas de prevención a las que estaría

plantea fundamentalmente un problema de imputación del delito al defecto de organización o a la ausencia de debido control.

Al igual que ocurre en el derecho internacional, la diferencia entre *offense* y *defense* determina además la carga de la prueba. Mientras que la *offense* (y por tanto el defecto de organización) debería ser probado por la acusación, la prueba de las *defenses* corresponden a la entidad.

En lo que sigue, perfilaré los elementos que dentro de este sistema más relación guardan con los programas de cumplimiento. Aunque no se acepte el sistema propuesto, las cuestiones que a continuación van a abordarse resultan comunes a cualquier sistema de imputación que dé relevancia al defecto de organización.

B. Bases político-criminales de los programas de cumplimiento: panóptico empresarial vs. «stakeholder democracy»

Antes de entrar a perfilar los contenidos de la infracción de la persona jurídica (*offense* y *defense*), la primera cuestión que debe afrontar el legislador o el juez a la hora de determinar qué es un programa de cumplimiento eficaz es establecer su orientación general y determinar cómo esperan y con qué límites que las empresas realicen su labor preventiva. Se trata de una decisión puramente político-criminal, consistente en decidir si se quiere que las empresas basen el cumplimiento en la implementación de mecanismos de vigilancia o control o si, por el contrario, se considera que el debido control debe hacerse a través de la afirmación de una cultura de la legalidad en la empresa.

En efecto, idealmente existen dos grandes modelos de programas de cumplimiento³². El primero de ellos previene a partir de desarrollar un clima de respeto a la legalidad y valores éticos en la empresa a través de la formación. Este tipo de programas orientado a los valores dispone también de medidas de control, pero estas son procedimientos usuales dentro de toda empresa como medidas contables, de selección de proveedores, de personal, control del flujo de efectivo, *due diligence*, etc. Elemento central de un programa de cumplimiento orientado a los valores es el código ético.

El segundo modelo de programa de cumplimiento o debido control se basaría en la vigilancia. Apostaría por medidas de control, como el acceso a los correos electrónicos, registro de las llamadas telefónicas, accesos a internet,

obligada legalmente. En el derecho español, existen sanciones administrativas contra personas jurídicas que responden a este tipo de *offense* similar a una infracción de peligro o de mera actividad. Al respecto, véase Darnaculleta i Gardella, 2008, p. 137 y ss.

32 Véase esta distinción en Treviño & Weaver, 2003, p. 89 y ss.

videovigilancia, contratación de detectives privados, etc. La vigilancia empresarial podría incluir incluso técnicas de *risk profiling*, de manera que se haga una especie de «perfil criminal» de determinados empleados o aspirantes a puestos directivos, estableciendo un índice de riesgo delictivo. Todo programa de cumplimiento tiene que partir de la evaluación del riesgo, pero evidentemente hay un paso consistente en ver cuáles son los riesgos más importantes de la empresa a concretar, cuál es el perfil de riesgo de los empleados. En los últimos tiempos, han aparecido incluso en el mercado servicios de *corporate intelligence* que proponen utilizar, como parte del cumplimiento, técnicas muy sofisticadas de análisis de *data mining*, utilizando el *know how* procedente de los servicios secretos.

Aunque un programa de cumplimiento basado en la vigilancia proporcione un mayor control, no cabe duda que el modelo de cumplimiento preferible debe ser el orientado a los valores y ello por dos razones. Primero, porque el *compliance*, entendido como control y vigilancia, convierte a la empresa en una suerte de panóptico que afecta seriamente los derechos fundamentales como la intimidad, el secreto de las comunicaciones y el derecho a la protección de datos. Resultaría además incompatible con el modelo de relaciones laborales europeo crear un sistema de vigilancia empresarial que menoscabe de manera tan desproporcionada los derechos de los trabajadores y sitúe al empresario en la posición de *big brother*. Segundo, porque, como antes señalaba, debemos renunciar a un *criminal compliance*. Los programas de cumplimiento que provienen del derecho administrativo, de la ética empresarial, de las normas de estandarización, etc., son claramente programas de prevención y no de vigilancia.

A esta radical preferencia por el modelo de cumplimiento orientado a los valores debe hacerse una matización. En la ponderación entre control y libertad, debe tenerse en cuenta la distinción entre prevención y reacción. Los medios de control —como la videovigilancia, los registros de correos, llamadas, etc.— deben proibirse como medios de *fishing*, con el fin de detectar de manera indiscriminada comportamientos infractores en la empresa. La ponderación es distinta cuando se utilizan como medios reactivos, para hacer frente a una infracción que ya se ha detectado. En la investigación del fraude o la corrupción dentro de la empresa, pueden utilizarse medios más incisivos. El contexto de legitimidad es diferente. También en las investigaciones estatales distinguimos entre los medios de policía de carácter preventivo y los que se utilizan en la investigación de delitos.

Tomar en serio que la estrategia de los programas de cumplimiento es la promoción de valores internos acordes con el respeto a la legalidad y los derechos fundamentales debe tener consecuencias en la conformación de los canales de denuncias o en el diseño de la política de sanciones disciplinarias. La implantación de canales de denuncias basados en el anonimato, como por

ejemplo exige la Sec. 301 (4) *Sarbanes Oxley Act*, se corresponde con un sistema de cumplimiento orientado al control, mientras que basar las denuncias en una regla como la confidencialidad responde más al *compliance* orientado al fomento de valores. El fomento del anonimato y con ello de los abusos que de él pueden derivarse, solo se explica en un marco donde lo único que importa es el control. La confidencialidad, por el contrario, supone que los responsables de cumplimiento se han esforzado en ganarse la confianza y el respeto de los posibles denunciadores, que a su vez son conscientes de que la acción de denunciar no puede ejercitarse de manera irresponsable. Los canales de denuncias basados en la confidencialidad establecen normalmente sanciones para los responsables de mala fe. Igualmente, las restricciones que el derecho de protección de datos impone a los canales de denuncias son coherentes con los sistemas de cumplimiento orientados a valores. Solo un programa de cumplimiento donde prime el control, sobre cualquier otro valor, considerará necesario crear un registro secreto de denuncias en el que se conserven, por tiempo indefinido, todos los hechos que han sido denunciados. Un sistema de denuncias empresarial concebido de este modo se acabaría pareciendo a los archivos secretos de los regímenes totalitarios.

El *whistleblowing*, en suma, tiene sin embargo un significado totalmente distinto cuando se inserta dentro de un programa de cumplimiento orientado a la promoción de valores éticos dentro de la empresa. Se convierte en una muestra de acto cívico corporativo. En este contexto, no tienen sentido las denuncias anónimas, cobran pleno sentido todas las exigencias que proceden de la protección de datos e incluso puede darse a los canales de denuncias un papel mediador en la resolución del conflicto, por ejemplo laboral, que en muchas ocasiones ponen de manifiesto las comunicaciones.

Lo mismo cabría señalar en relación con el sistema disciplinario. Un modelo de control orientado a los valores debe concebir las sanciones disciplinarias como *ultima ratio*, imponerlas a través de un proceso donde se respeten las garantías esenciales del proceso justo y emplearlas de manera proporcional, dando segundas oportunidades (*probation*) y a ser posible apostando por sanciones con contenido resocializador (someterse a programas de formación). El despido disciplinario debería utilizarse solo en los casos más graves o para aquellos que ocupan posiciones más relevantes.

Incluso más allá de la configuración de los distintos elementos del programa, la apuesta por los valores debería tener también reflejo en la forma de redactar y aprobar los distintos elementos del programa de cumplimiento y la configuración de sus órganos. Los códigos éticos y otras políticas de empresa son, en la inmensa mayoría de las empresas, reflejo del poder de dirección del empresario, establecidos unilateralmente por la dirección. Desde el derecho del trabajo,

algunos autores manifiestan que este nuevo tipo de regulaciones laborales atípicas están menoscabando el papel de la negociación colectiva y del convenio colectivo³³. Aunque legalmente la mayor parte de los contenidos de los códigos éticos o de las políticas de empresa pueden ser establecidas al amparo del poder de dirección, lo cierto es que serían mucho más creíbles y efectivos si se redactaran a través de un proceso abierto donde tuvieran participación los representantes de los trabajadores, pero también otros *stakeholders* cuyos intereses pueden verse afectados por la actividad de la empresa.

La forma de conformar los órganos de vigilancia del sistema de cumplimiento también debería reflejar esta dirección. Como ya se ha indicado, por encima de los concretos responsables de riesgos, resulta conveniente crear un órgano de supervisión y coordinación de la eficacia del sistema. El decreto legislativo italiano 231 ha subrayado la necesidad de que este órgano goce además de independencia de los órganos de dirección de la empresa, incluyendo, por ejemplo, miembros independientes. Un programa de cumplimiento orientado a valores debería avanzar aún más en esta dirección, integrando a los representantes de los trabajadores y a *stakeholders* en el órgano de supervisión.

Este tipo de propuestas supone una «vuelta de tuerca» en el sistema de cumplimiento, que le otorgaría mayor efectividad y credibilidad ante los tribunales, en cuanto que ayuda a evitar que sean degradados por la dirección de la entidad a simples elementos cosméticos, sin virtualidad real. El marco teórico de este nuevo tipo de *compliance* lo constituyen propuestas como la *deliberative bussines ethics*³⁴ o la *stakeholders democracy* que pasan fundamentalmente por profundizar en las nociones de responsabilidad social corporativa y buen gobierno, enmarcándolas en el modelo de legitimidad propuesto por Habermas³⁵. Gráficamente podría decirse que se trata de pasar del *corporate governance* al *deliberative corporate governance*. Estas ideas conectan igualmente con la ética empresarial republicana de John Braithwaite y su *tripartism*, como forma de generar la autorregulación empresarial y que propone también la participación de los sujetos afectados por la actividad de la empresa en la confección de sus regulaciones³⁶.

Indudablemente un programa de cumplimiento basado en estas ideas supondría una respuesta adecuada a los problemas de legitimación que desde siempre arrastra la autorregulación empresarial y que, sin duda alguna, conseguirán una mayor adhesión de los empleados a los valores y políticas de la empresa. La integración

33 Cfr. Gallego Calvo, 2011, p. 264.

34 Burg, 2009, pp. 665-683; Palazzo & Scherer, 2006, pp. 71-88.

35 Matten & Crane, 2005, p. 6 y ss.

36 Ayres & Braithwaite, 1992; véase también Nieto Martín, 2008a, p. 231 y ss.

de *stakeholders* en los órganos de supervisión supondría también una respuesta al problema, con el que se encuentran las empresas multinacionales, respecto a cómo actuar en un contexto de normas y usos sociales muy diferentes.

En definitiva y sea cual sea el marco teórico del que se parta, el mayor control que sin duda suponen los programas de cumplimiento y que se refuerza a través de la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas no puede aceptarse sin un incremento de la legitimidad de las decisiones empresariales y de la *accountability* de sus responsables.

C. *Offense*: ¿cómo medimos la eficacia de los programas de cumplimiento?

La pregunta anterior ha tenido como objetivo fijar la estructura profunda de los programas de cumplimiento, estableciendo además una serie de límites infranqueables que no deben traspasarse en aras de una mayor eficacia o debido control. Pero una vez situados en unas coordenadas preventivas compatibles con el respeto a los derechos fundamentales, el problema más relevante a la hora de establecer la *offense* es cómo establecer la relación de imputación entre el delito que se ha cometido y el posible defecto en el programa de cumplimiento de la empresa.

En la doctrina existe una orientación muy extendida que considera la culpa de organización como un tipo de imprudencia³⁷. Algunos autores hablan en este sentido de que la no implementación o implementación defectuosa de un programa de cumplimiento supone el favorecimiento (complicidad) imprudente del delito cometido por el autor individual. En este marco, se considera que la teoría de la imputación objetiva puede ser de gran utilidad para la adscripción del hecho a la empresa. La no adopción o adopción defectuosa del programa supondría un riesgo no permitido, que se realizaría en el resultado (la comisión del delito por parte del autor individual)³⁸. Otros autores han invocado igualmente que el defecto de organización equivaldría a una *Vorverschulden* de la empresa³⁹.

Estas aproximaciones, aunque resultan correctas de manera intuitiva, no permiten captar de una forma metodológicamente acertada la relación existente entre el defecto de organización y el delito cometido por el autor individual. Solo de una forma heurística puede decirse que la empresa realiza el hecho por imprudencia. Al igual que no puede hablarse de hechos de empresa dolosos, tampoco puede afirmarse que no contar con un programa de cumplimiento eficaz

37 Véanse, por ejemplo, en Italia, con ulteriores referencias, De Simone, 2011; Mongillo, 2011, p. 69 y ss.; Paliero & Piergallini, 2006, p. 167 y ss.

38 Feijoo Sánchez, 2011, p. 104 y ss.

39 Tiedemann, 1988, p. 1169 y ss.

supone un comportamiento imprudente de la empresa. Si no cabe hablar de comportamientos empresariales dolosos⁴⁰, tampoco es posible hablar de comportamientos imprudentes, ni mucho menos reducir la infracción de la persona jurídica a una participación imprudente del delito —doloso o imprudente— cometido por la persona individual. Lo importante, desde el punto de vista de la asignación de responsabilidad penal a la persona jurídica, es —sencillamente— la gravedad del defecto de organización.

La teoría de la imputación objetiva también resulta inadecuada para definir las relaciones entre el delito cometido y el defecto de organización. Imaginemos que la empresa A, procesada por corrupción, lleva algunos años sin realizar una formación adecuada de sus empleados en esta materia o tiene un canal de denuncias que no funciona de modo correcto. Estas deficiencias, en elementos esenciales del *compliance*, no pueden ponerse en conexión con el delito cometido por la persona natural mediante una herramienta teórica que se ha diseñado para resolver casos muy diversos. Aunque puede hablarse de que una empresa que no ha realizado una formación adecuada o no cuenta con un canal de denuncias efectivas, genera un riesgo desaprobado de corrupción o cuenta con un *management* que incrementa el riesgo de que en su interior los empleados cometan hechos de corrupción, demostrar la realización de este riesgo desaprobado en el hecho de corrupción que en concreto ha sido realizado no me parece posible con los *topoi* desarrollados hasta ahora en el seno de la imputación objetiva. Determinar, retomando el ejemplo expuesto, que una correcta formación o una más eficiente conformación del canal de denuncias hubiera impedido la comisión del delito o al menos la hubiera obstaculizado seriamente, es un hecho que escapa a cualquier tipo de prueba racional y reduce el proceso penal a especulaciones sobre meras conjeturas. Las infracciones penales deben construirse sobre elementos capaces de ser demostrados en el proceso penal con un mínimo de verificabilidad empírica.

La identificación del defecto de organización con el delito imprudente conduce, en última instancia, a focalizar todo en la posibilidad de haber evitado o dificultado el hecho concreto olvidando de este modo los esfuerzos preventivos que, con carácter general y de manera continuada, haya realizado la empresa. Esta es, por ejemplo, la opinión predominante en la doctrina italiana, en la que se considera que el establecimiento de un modelo de organización, conforme a los elementos que se establecen en los artículos 6 y 7 del DLeg. 231, representa únicamente el «marco» o el presupuesto de las verdaderas normas de prevención que debe tomar la empresa⁴¹. Con ello se acaba tratando de manera semejante

40 Nieto Martín, 2008b, p. 155 y ss.

41 Paliero & Piergallini, 2006, p. 174 y ss.

a la empresa que se ha esforzado por implantar una cultura de respeto a la legalidad y en la que se ha producido un hecho delictivo, que aquella en la que no se ha realizado ningún esfuerzo.

Esta forma de analizar el «defecto» de organización resulta contraria al carácter unitario que tiene el *compliance* fuera del derecho penal. Dividir un programa de cumplimiento entre «presupuestos» de la prevención de hechos delictivos y normas de prevención concretas o específicas resulta artificial. La idoneidad de los programas de cumplimiento para prevenir, por ejemplo, la corrupción entre privados de los comerciales de la empresa, depende tanto de que existan procedimientos internos que les impidan disponer de los fondos de la empresa con fines corruptos, como de que la dirección de la empresa se haya esforzado en crear una verdadera cultura de la legalidad o un sistema de denuncias con las mayores garantías para los *whistleblowers*.

La razón última que explica la inidoneidad del delito imprudente o de la teoría de la imputación objetiva como modelo explicativo del delito de empresa es que en realidad su responsabilidad se construye sobre una estructura temporal distinta a la responsabilidad individual⁴². En la responsabilidad individual nos interesa el autor en el momento exacto que se comete el hecho (principio de coincidencia); en la responsabilidad de la persona jurídica nos interesa una secuencia temporal mayor, que abarca tanto momentos anteriores al hecho como posteriores (culpabilidad reactiva). La culpabilidad de empresa es un defecto de *management* permanente, por lo que el hecho cometido por la persona física no puede ser considerado como resultado del defecto de organización. Su función en la *offense* de la persona jurídica es similar a la de una condición objetiva de punibilidad, como la que cumple en el delito de quiebra alemán la declaración de insolvencia para examinar la punibilidad de los hechos de bancarrota.

Constatada la realización del hecho delictivo, lo que ha de demostrarse en el proceso penal como parte de la *offense* es que la persona jurídica, de manera continuada, no había adoptado medidas eficaces para prevenir hechos delictivos de la especie del que se ha cometido y en la forma en que concretamente ha aparecido. Se trata de realizar un juicio de idoneidad sobre el programa de cumplimiento, que abarca tanto el examen de sus aspectos generales como la determinación de cuál ha sido la eficacia del *compliance program* en el hecho concreto que se ha producido (test de idoneidad abstracto-concreto).

La primera parte del test examina la eficacia en abstracto del programa de cumplimiento y su implementación. El juez debe examinar, por ejemplo, si ha existido formación a los empleados, si el canal de denuncias funciona, si se imponen

42 Nieto Martín, 2008b, p. 145 y ss.

sanciones disciplinarias por violaciones del código ético, si los procedimientos generalmente se aplican, la revisión y adaptación periódica del programa, etc. La comprobación de la eficacia en abstracto tiende sobre todo a constatar si desde la dirección de la empresa se han hecho esfuerzos serios por crear una cultura de la legalidad y establecer controles apropiados y no tanto por ver qué ha pasado en el caso concreto.

La segunda parte del test consiste en examinar la existencia de medidas de prevención para hechos similares a los que se han producido y explicar por qué han fallado, de existir, en el caso concreto. Las características de este test dependen del grado de desarrollo y estandarización de las medidas de prevención de una determinada forma de comportamiento. No es lo mismo, por ejemplo, la prevención de la corrupción que la realización de una práctica restrictiva de la competencia. En la corrupción existe ya un cierto acuerdo y estandarización acerca de cuáles son los controles idóneos (controles contables sobre los pagos, sistemas de autorizaciones, rotación de funciones, cuatro ojos, etc.); en cambio, en el *compliance*, en materia de competencia, la prevención se basa sobre todo en la formación y en el descubrimiento *ex post* de las infracciones. Una mayor concreción del test específico solo resultará posible en la medida en que se vaya alcanzando una mayor estandarización y desarrollo de las medidas específicas de prevención de determinados delitos y de sus diferentes formas de aparición. Con estos límites, la forma más gráfica para describir este test es señalar que el programa de cumplimiento resulta eficaz cuando el autor para la comisión del delito ha tenido que eludir alguno de los controles que establecía el *compliance* de la empresa o infringir alguna obligación específica existente en la normativa de la empresa para su comisión.

Las dos partes del test de idoneidad tienen un carácter secuencial. No superar la primera parte del test indica que la empresa tiene un grado muy elevado de culpabilidad de organización. Carecer de las estructuras básicas del sistema de cumplimiento indica que la dirección de la empresa, sus administradores, se han despreocupado absolutamente por implantar una cultura de la legalidad en la empresa. Este alto grado de culpabilidad podría dar lugar, por ejemplo, en el sistema español, a que se impusieran a la empresa medidas más drásticas que la multa, como la intervención judicial o sanciones interdictivas.

Carece de lógica hablar de medidas de prevención de delitos concretos cuando no se han creado las herramientas de gestión y los procedimientos básicos. Lo «básico» supone una condición, de eficacia de lo «específico». No superar el test concreto no determina una despreocupación de la dirección de la empresa por implantar una cultura de la legalidad, sino un fallo de ejecución del programa o en el diseño de un aspecto concreto. La adopción de medidas de prevención concretas

(por ejemplo, la rotación en los puestos de trabajo para evitar la corrupción), pueden además resultar discutibles. El que el *compliance program* haya fallado puntualmente, pese a su buen funcionamiento de manera general y continua, indica un grado menor de defecto de organización que debe ser tenido en cuenta en la determinación de la sanción.

El test en concreto, sin embargo, resulta esencial cuándo algún administrador o alguien perteneciente a la alta dirección de la entidad ha estado implicado en el hecho o lo ha tolerado. Para algunos autores, tal como muestra el derecho penal español (artículo 31 bis 1, primer párrafo), resulta discutible que, en aquellos casos en que en el delito ha participado un top de la persona jurídica, esta pueda distanciarse del hecho⁴³. En estos supuestos sería de aplicación el modelo vicarial de responsabilidad o, lo que es lo mismo, existiría una presunción irrefutable de que la empresa no está correctamente organizada. La implicación de administradores o altos directivos muestra generalmente que, aunque la empresa haya gastado grandes sumas de dinero en su implantación, lo ha hecho pensando más en el programa de cumplimiento como un «sistema de seguro» antimultas, que con la intención de crear una verdadera cultura de la legalidad. Con otras palabras, la implicación de estas personas físicas supone que el test en abstracto no sea un buen indicador de los esfuerzos de cumplimiento de la entidad, por lo que en este caso resulta decisivo el test en concreto, consistente en comprobar que efectivamente existía un sistema de control dirigido de forma específica a la prevención de hechos delictivos de los administradores y personas con un poder similar y que este en el caso concreto ha sido eludido⁴⁴.

Con todo, debe admitirse que en algunos supuestos, incluso cuando el delito haya sido cometido por un administrador, el test en abstracto puede tener sentido. Existen empresas, como singularmente los grupos de empresas, donde pueden operar varios centros de dirección de forma autónoma, por lo que la realización de un delito por parte del administrador de una de las personas jurídicas que componen el grupo no desacredita los esfuerzos preventivos realizados por la dirección del grupo que ha impulsado un programa de cumplimiento común.

43 En referencia al derecho penal español, véase Tiedemann, 2013. La posición de Tiedemann ha sido, declaradamente, el punto de arranque en la interpretación del artículo 31 bis del CP español para Gómez Tomillo (2010, p. 104 y ss.). También, bajo otros presupuestos, se muestra partidaria de una responsabilidad objetiva la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2012 o autores como Díez Ripollés (2012).

44 Cfr. Nieto Martín, 2008b, p. 162 y ss.; y p. 169 y ss.

D. La decepcionante aplicación judicial

Hasta ahora hemos especulado con alternativas teóricas o político-criminales acerca de cómo evaluar y confeccionar los programas de cumplimiento. Ahora bien, cuando bajamos a la realidad esta es desoladora⁴⁵. En el país de origen de los programas de cumplimiento (EE.UU.), en los diez primeros años de eficacia de las *Guidelines*, solo en tres casos se tuvo en cuenta la existencia de un programa para graduar la sanción⁴⁶. La lectura de las sentencias de los tribunales americanos o de los acuerdos procesales también resulta decepcionante a la hora de buscar cuáles son las exigencias de un programa de cumplimiento eficaz. Los jueces y fiscales son bastante parcos a la hora de hacer indicaciones, que por regla general resultan bastante vagas («no había un sistema de contabilidad adecuado») o establecen aspectos muy genéricos, como la necesidad de contar con códigos éticos, programas de formación, etcétera⁴⁷.

La experiencia es similar en Italia. Hasta ahora la evaluación de los modelos de organización por parte de la jurisprudencia se ha realizado principalmente en relación con la imposición de medidas cautelares. La mayoría de las decisiones judiciales han considerado inadecuados los modelos de organización, sin hacer indicaciones demasiado precisas acerca de las razones. Tampoco se pueden extraer demasiadas indicaciones acerca del «estándar judicial» de *compliance* de la única sentencia que hasta ahora ha declarado la absolución de la empresa por considerar el programa de cumplimiento adecuado⁴⁸.

El resultado de la aplicación judicial es que las empresas nunca saben si están haciendo las cosas bien o qué es lo que el derecho penal espera de ellas, por lo que no cabe imaginar una violación más palmaria del principio de determinación. Aunque resulta complejo señalar cuáles son las causas de la falta de relevancia práctica de los programas de cumplimiento, podría aventurarse, a modo de hipótesis, que para los jueces resulta complejo adentrarse en la evaluación del programa. En realidad, sería difícil incluso encontrar expertos que pudieran señalar cuáles son los estándares necesarios en cada empresa, con el fin de establecer el nivel de cuidado. Por otro lado, al menos en EE.UU., los programas verdaderamente eficaces lo que consiguen es que, utilizando el principio de oportunidad, la empresa no sea

45 Véase, en lo que sigue, Muñoz de Morales, 2013.

46 Cfr. Gruner, 2007, p. 299.

47 McConnell, Martin & Simon, 2011, p. 33. La situación es similar en Australia, véase *New South Wales Law Reform, Report 102* (2003), *Sentencing: Corporate offenders - Corporate compliance Systems*, § 45: «it is unclear [...] what factors the courts will look at in determining the capacity of a compliance program to be successful and effective».

48 Cfr. Monguillo, 2009, p. 103 y ss; y 2010, p. 155 y ss.

ni tan siquiera procesada, por lo que a juicio llegan solo empresas con programas de cumplimiento que evidentemente no funcionaban. Incluso, si el programa no funciona, las empresas por lo general pueden llegar a acuerdos, lo que impide que existan resoluciones judiciales. Es significativo, por ejemplo, que hasta la fecha solo existan dos sentencias sobre la *Foreign Corrupt Practices Act*, tras más de tres décadas de vigencia⁴⁹.

Ante esta situación y con el fin de adecuar el modelo de organización con las exigencias que en el derecho penal se derivan del principio de determinación, se han propuesto varias soluciones. Algunos proponen la existencia de un sistema de «certificación» de programas de cumplimiento. Una institución independiente (por ejemplo, un instituto universitario) evaluaría el programa, de acuerdo con unos estándares determinados, que ella misma ha elaborado previamente. En estos momentos, existen ya algunas iniciativas en este sentido por parte de auditores. Es dudoso, sin embargo, cuál puede ser el valor procesal de estas certificaciones, desde luego no puede ser una prueba preconstituida que impida cualquier valoración judicial. En Chile, donde la ley prevé este sistema de certificación, hasta ahora no ha dado ningún resultado⁵⁰. La propuesta de la certificación tiene además, finalmente, el mismo problema de credibilidad que el de las auditorías. La empresa asume el estatus de cliente frente a la certificadora, lo que genera un conflicto de intereses difícil de resolver.

Un segundo remedio al problema de la indeterminación es la estandarización sectorial. Por ejemplo, las empresas farmacéuticas cuentan con unas medidas anticorrupción comunes⁵¹. El camino de la autorregulación común supone una fijación de la *lex artis* que debiera ser tenida en cuenta por la autoridad judicial. No obstante, estas directrices comunes pueden tener idénticos problemas de legitimación y de eficacia que la autorregulación interna. Es de nuevo el lobo el que se constituye como pastor del rebaño.

La propuesta más interesante para avanzar en la efectividad de los programas de cumplimientos está en la externalización⁵² e independencia de las personas

49 *US v. Harris Corporation*, 3:90-cr-00456 (N.D. Cal. 1990), 31 de agosto de 1990.

50 Matus, 2013. En Alemania, el Instituto de Auditores de Cuentas ha publicado unos criterios comunes para la auditoría de los sistemas de cumplimiento (IDW PS 980) y recientemente ha aparecido también una norma ISO sobre programas de cumplimiento, cuya finalidad «*is to provide principles and guidance for organization designing, developing, implementing and improving an effective compliance program*». La ISO se inspira a su vez en el *Australian Standard 3806-2006 Compliance Programs*. Sobre el documento alemán, véase, por ejemplo, Von Busekist & Hein, 2012, p. 41 y ss.; y p. 86 y ss.

51 Cfr. *Farmaindustria*, 2010.

52 Véase, sobre el *outsourcing del compliance*, por ejemplo, Bürkle, 2010, p. 155 y ss.

que los diseñan, implantan o, al menos, los supervisan. Esta externalización puede hacerse de varias formas. Podría existir y de hecho existe ya una externalización profesional que mejora la eficacia de alguno de los elementos esenciales de los programas de cumplimiento. Por ejemplo, tanto en Alemania como en EE.UU., muchas empresas han decidido externalizar los canales de denuncia⁵³. Ello, sin duda alguna, incrementa la confianza de los empleados que cuentan con un servicio de *ombudsman* externo a la empresa. Cuando el receptor de la denuncia pertenece a la estructura de la empresa, su imparcialidad es más difícil de creer, pues se encuentra generalmente en un conflicto de intereses con la dirección empresarial. Igual ocurre, como analizaremos en el próximo epígrafe con mayor detalle, con las investigaciones internas. Cuesta creer que la auditoría interna o la asesoría jurídica van a realizar una investigación limpia y objetiva. Lo más probable es que acabe siendo una investigación que demuestre lo que la dirección de la empresa quiere demostrar o tenía ya pensado de antemano. Las cosas cambian cuando la investigación se pone en manos de una persona independiente, con prestigio y que además ha sido designada por un órgano de supervisión que también resulta independiente.

El segundo tipo de externalización, que es la más importante, es la que garantiza la independencia del órgano de supervisión del programa y, tal como antes señalábamos, debe basarse en la *stakeholder democracy*: un programa de cumplimiento solo es creíble cuando es supervisado por personas externas a la empresa que representan además los intereses sociales que pone en peligro la actividad de la empresa. El que representantes de organizaciones ecologistas examinen las medidas de protección del medioambiente o que ONG anticorrupción supervisen, con poderes efectivos, las medidas que adopta la empresa puede ser la mejor garantía de credibilidad de los programas⁵⁴.

De acuerdo con el doble test de idoneidad propuesto, estas sugerencias resultan especialmente útiles en el momento del test abstracto del sistema de cumplimiento. La certificación puede resultar especialmente útil para mostrar cómo la empresa ha mantenido y mejorado sus esfuerzos preventivos en el tiempo. La externalización, sobre todo la basada en la *stakeholder democracy*, resulta el camino para poder mantener que el programa de cumplimiento es eficaz y no es pura cosmética, incluso cuando el delito haya sido cometido por los administradores de la entidad. Como antes se indicó, la participación de los *stakeholders* supone un incremento en el gobierno corporativo de la entidad, un importante refuerzo del *checks and balances*.

53 Cfr. Schemmel, Ruhmannseder & Wltzigmann, 2012.

54 Ayres & Braithwaite, 1992, p. 54 y ss.; Nieto Martín, 2008b, p. 236 y ss.

E. *Defense*: exigibilidad y programas de cumplimiento

Tal como señalaba en un epígrafe anterior, el sistema de imputación de la responsabilidad a la persona jurídica consta básicamente de dos categorías: *offense* y *defense*. Hasta ahora nos hemos ocupado esencialmente de cuestiones que afectan a la construcción de la *offense*. Este escoramiento se corresponde con la escasa atención que hasta ahora se ha prestado a la aplicación de las causas de justificación o de ausencia de culpabilidad a las personas jurídicas. El CP español representa muy bien el estado de la cuestión en la materia: las causas de exclusión de culpabilidad no deben trasladarse automáticamente a las personas jurídicas⁵⁵. Nada dice, en cambio, acerca de en qué medida les afectan las causas de justificación, probablemente porque da por supuesto que la existencia de una causa de justificación en la persona natural implica que no hay hecho que imputar a la persona jurídica o a su defecto de organización.

Desarrollar en detalle cuáles pueden ser las *defenses* aplicables a las personas jurídicas desborda los límites de este trabajo, centrado en analizar las relaciones entre *compliance* y responsabilidad de personas jurídicas. Desde esta perspectiva, me interesa poner de relieve algunas posibles *defenses* basadas en la noción de exigibilidad⁵⁶, relacionadas con el diseño y la implantación de los sistemas de cumplimiento.

La implantación de un programa de cumplimiento debe hacerse atendiendo a las concretas circunstancias de la empresa. Los riesgos a prevenir no son iguales en una empresa constructora que en un banco o en una empresa tecnológica. Para atender a estas peculiaridades en el diseño de los programas de cumplimiento, se acude al análisis de riesgos. La empresa debe concentrar su prevención en aquellos riesgos que son previsibles. No tiene sentido que establezca medidas en relación con conductas delictivas cuya aparición resulta improbable. Ahora bien, lo improbable a veces sucede y puede ser que un empleado cometa un delito muy alejado de lo que son los riesgos reales de la empresa y donde no había programada ningún tipo de medida de prevención. La evitación de riesgos imprevisibles no debe considerarse exigible para la empresa. Obligar a la empresa a que prevenga todo tipo de riesgos es además altamente ineficiente, pues le compele a gastar recursos en riesgos que tienen una baja incidencia. Es mejor un sistema que haga que las empresas concentren sus esfuerzos en los riesgos relevantes⁵⁷.

55 Para un acercamiento a los posibles *defenses*, para otras causas de exculpación o justificación, véase, De Simone, 2011, p. 89 y ss.

56 De Simone, 2011, p. 96.

57 Cfr. Nieto Martín, 2008b, p. 174.

El debate más importante a la hora de determinar cuál es la traducción del análisis de riesgo en la estructura del delito, en el marco del modelo de responsabilidad propuesto, es si situar la decisión de la empresa —de no prevenir un determinado riesgo— en el ámbito de la *offense* o de la *defense*. La relevancia es sobre todo procesal. Colocada en este segundo ámbito, es la persona jurídica la que debe demostrar en el proceso que su análisis de riesgos ha sido correcto y no le resultaba exigible desarrollar medidas de prevención en relación con riesgos penales no relevantes. Esta ubicación se corresponde con la decisión del legislador, en todos los ordenamientos conocidos, en considerar tipos penales generales los delitos que generan responsabilidad para personas jurídicas. En realidad, el ámbito de lo exigible debería obedecer a una decisión político-criminal previa que llevara a considerar algunos delitos que dan lugar a la responsabilidad de la persona jurídica como tipos penales especiales.

La idea de exigibilidad podría encontrar también aplicación en aquellos casos en que por diversas circunstancias a la empresa le ha sido imposible el desarrollo del programa de cumplimiento. Por ejemplo, la empresa A ha adquirido recientemente la empresa B, que carecía de programas de cumplimiento. Pocas semanas después de la absorción, un antiguo directivo de la empresa B ha cometido un hecho delictivo. En este caso, podría decirse que la empresa A no había tenido tiempo real para implantar un nuevo programa. Un caso similar puede ser cuando, por ejemplo, el hecho se haya cometido tras la entrada de un nuevo consejo de administración, que incluso está dando ya los pasos para la implantación del programa en la empresa.

IV. COMPLIANCE Y PROCESO PENAL

Hasta ahora se ha dejado de lado que los programas de cumplimiento no consisten solo en prevenir irregularidades. La definición más usual de estos sistemas señala que su objetivo es también detectarlas y sancionarlas. Es al legislador al que corresponde establecer cuál es la importancia del aspecto reactivo de los programas de cumplimiento y sobre todo decidir qué importancia tiene la colaboración de la empresa con la administración de justicia. De nuevo aquí la experiencia del derecho comparado es ilustrativa.

En Italia, el decreto 231 habla únicamente de programas de prevención. La norma italiana no establece ningún tipo de atenuación o de premio para las empresas que detecten hechos delictivos y decidan colaborar. Esto no impide que uno de los criterios para apreciar la eficacia del modelo sea reactivo: la imposición de sanciones disciplinarias a los infractores. Pero se trata de una reacción interna, destinada a mejorar la eficacia del modelo de organización. El extremo opuesto lo encontramos en las *Guidelines*, donde expresamente se habla de que los programas

deben orientarse al descubrimiento de hechos delictivos y las «zanahorias» más grandes se dan cuando la empresa colabora en el proceso penal, denunciando los hechos o aportando pruebas. En España, la mayoría de las atenuantes de las que puede beneficiarse la persona jurídica sancionada son comportamientos reactivos consistentes en colaborar con el proceso penal⁵⁸. En Austria, la colaboración también es tomada en cuenta en la determinación de la pena⁵⁹. La cooperación, además de constituir una atenuante, cumple una función esencial en EE.UU. o en Alemania a la hora de utilizar el principio de oportunidad procesal, lo que representa un estímulo aún más fuerte si cabe⁶⁰.

La decisión político-criminal de dar importancia a la cooperación con el proceso penal de la persona jurídica es la decisión más importante desde el punto de vista del derecho procesal, en cuanto que afecta a la estructura profunda del procedimiento. La cooperación por parte de la empresa requiere además que esta realice una «investigación interna». A diferencia de las personas naturales, que pueden cooperar contando lo que saben o aportando la documentación que tienen, una persona jurídica necesita, normalmente, investigar antes de colaborar⁶¹. Admitir la cooperación y, con ello, las investigaciones internas, supone una opción de política jurídica favorable a la privatización del proceso penal. El premio a la cooperación supone buscar una alianza estratégica dentro del proceso entre la empresa y el Estado, representado por el órgano que sostiene la persecución pública. Esta alianza en principio trae beneficios para ambas partes, fiscales y dirigentes empresariales.

A los fiscales les ahorra trabajo y costes, pues permite que la empresa aporte las pruebas fundamentales y les traiga casi «cogido de la oreja» al culpable. Una investigación interna permite a los fiscales «esquivar» los controles del juez de libertades. La empresa, sin necesidad de autorización judicial, puede revisar los correos electrónicos de los empleados, los datos de tráfico, revisar su contabilidad, etc. Para realizar este tipo de actos de investigación reactivos, la persona jurídica solo necesita haber redactado previamente una política de utilización de medios TIC que deje claro a los trabajadores que no tienen ninguna expectativa de privacidad cuando utilicen los medios de la empresa. Los interrogatorios o entrevistas a los empleados en el curso de una investigación interna tienen tras de sí un elemento de coacción tan poderoso como el delito de falso testimonio:

58 Más detalles en Gómez-Jara Díez, 2012, p. 183 y ss.

59 § 5 (3)3, *Verbandsverantwortlichkeitsgesetz*.

60 Véase Engelhart, 2010, p. 231 y ss.; y 463 y ss.

61 Sobre los diferentes problemas jurídicos que se plantean a continuación, véase, por todos, Moosmayer & Hartwig, 2012.

la amenaza de despido disciplinario. El contrato de trabajo o el de alta dirección obliga a poner en conocimiento del empleador todos los hechos que afecten al desempeño de la relación laboral. La investigación empresarial es de gran utilidad en los primeros momentos de la investigación, en los que los fiscales no disponen de ninguna duda razonable para obtener la autorización judicial. En estos instantes, el poder de investigación empresarial es superior al estatal.

Más útiles aún son las investigaciones internas cuando las empresas toman la decisión de comunicar al fiscal hechos conocidos, por ejemplo, a través del canal de denuncias, de los que no existía ningún tipo de noticia. Es verdad que en teoría las personas jurídicas pueden comunicar al fiscal, sin realizar ningún tipo de investigación, la denuncia del *whistleblower*. Pero esto solo ocurrirá en casos excepcionales. Lo normal es que la empresa intente verificar mínimamente la denuncia y conocer lo ocurrido con el fin de estudiar qué consecuencias puede tener para ella la apertura del proceso penal producto de la comunicación de la denuncia. Que exista posibilidad de colaborar no significa que exista deber de colaborar. Si como resultado de los hechos denunciados puede imponerse algún tipo de sanción, penal o administrativa, contra la persona jurídica, esta goza del derecho a no declarar contra sí misma y no contribuir a su propia acusación⁶².

Pero, por regla general, para las empresas el binomio «investigación-cooperación» tiene más ventajas que inconvenientes. Aunque los costes de la investigación pueden ser considerables, esta evita las distorsiones de todo tipo que puede ocasionar la investigación pública (registros, clausura de locales, precintado de equipos informáticos, etc.) e incluso puede evitar la imposición de medidas cautelares, que en algunos ordenamientos pueden ser tan graves como la interdicción judicial, o de carácter interdictivo (prohibición de participar en concursos públicos). Además, quien investiga tiene siempre mayores posibilidades para construir la «realidad» tal como a él le conviene. Y en este caso, lo que le conviene a la empresa es mostrar que sus controles funcionan, que es una empresa cumplidora y todo ha sido culpa de un *free rider*.

Como puede apreciarse, la decisión de política-criminal que se esconde tras la disyuntiva programas de prevención o programas de prevención más detección es de vital importancia. Supone una privatización del proceso, que permite eludir el control judicial y altera sus equilibrios⁶³. La persona individual se enfrenta con dos gigantes: el Estado y la empresa, que, si además es una gran multinacional, puede tener un mayor poder que muchos Estados. A la vista de las ventajas, pero también

62 Sobre los problemas derivados con el *nemo tenetur*, véase, por ejemplo, Blumenberg & Nieto Martín, 2008; Gómez-Jara Díez, 2008, p. 285 y ss.

63 Muy crítico, Hamm, 2010, p. 1332 y ss.

de los peligros que entrañan la cooperación y las investigaciones internas, debe buscarse una decisión equilibrada que permita aprovechar la mayor eficacia y el ahorro de costes que supone la colaboración de las empresas y sus investigaciones, evitando un deterioro de los derechos de defensa. A continuación, solo algunas ideas para intentar buscar este equilibrio.

La cooperación solo debiera ser posible cuando apunte a los máximos dirigentes o a personas con un poder relevante dentro de la entidad como personas responsables del delito. Se trata de un equilibrio de poderes aceptable. La alta dirección de una empresa es la que tiene el poder interno dentro de la entidad, poder que le permite ocultar sus delitos o fabricar chivos expiatorios. La cooperación es una forma de contrarrestar el poder empresarial, permitiendo a los más débiles dentro de la empresa que cooperen para acabar con los desmanes de sus superiores⁶⁴.

El segundo equilibrio es fijar qué vale y qué no vale en las investigaciones internas. Si la investigación interna es la antesala del proceso penal, hay que ofrecer garantías similares. Por ejemplo, las personas que sean interrogadas deben ser advertidas de que tienen derecho a guardar silencio y cuál es el fin de la investigación. Resulta por ello importante que las empresas, como parte de su programa de cumplimiento, regulen las investigaciones internas y que esta normativa interna sea conocida previamente por todos⁶⁵.

El entorno procesal del *compliance* no solo viene dado por la colaboración, sino también por el manejo del principio de oportunidad procesal. Donde existe un principio de oportunidad, como en el derecho norteamericano o en las *Ordnungswidrigkeiten*, el tener un buen o mal programa de cumplimiento o el cooperar puede ser relevante ya en este lugar. No hace falta llegar a las atenuantes, a la medición de la pena o a la exclusión de la responsabilidad. Simplemente contra las *good citizens corporations* no se abre ningún proceso. La experiencia norteamericana es de nuevo ilustrativa en este punto. Donde un programa de cumplimiento «se la juega» es ante el fiscal y no ante el jurado⁶⁶. El fiscal puede además condicionar la suspensión del proceso a que la empresa adopte determinadas reformas en su programa o cambie a sus responsables. Austria es el país de la Unión Europea que mejor ha regulado las posibilidades de diversión dentro del proceso penal. El § 19 de la *Verbandverantwortlichkeitgesetz* permite suspender el proceso contra

64 Véase Nieto Martín, 2008b, p. 213 y ss.

65 Véase, por ejemplo, Burgard, 2012, p. 157 y ss.

66 Para la experiencia norteamericana, véase Engelhart, 2010, p. 242 y ss.; Gómez-Jara Díez, 2008, p. 298 y ss.

la persona jurídica cuando, entre otras condiciones, se compromete a establecer un programa de cumplimiento.

A mi juicio, la suspensión del proceso o los acuerdos procesales con las personas jurídicas a cambio de que mejoren su organización interna debería ser, salvo en el caso de empresas reincidentes, la vía natural de incorporar el *compliance* al derecho penal. Incluso debería ser la vía obligada en el caso de pequeñas empresas, donde antes que la estrategia del castigo debería utilizarse la de la persuasión y la negociación. Más que castigar, el sistema penal debería ayudar a las pequeñas empresas a implantar sus programas de cumplimiento y a crear en su interior una cultura de la legalidad. Para las pequeñas empresas, el sistema de *compliance* es demasiado complejo y costoso. El castigo indiscriminado de pequeñas empresas es una de las causas que más seriamente puede deslegitimar el *compliance* y las sanciones, sean de la naturaleza que sean, contra personas jurídicas. Aunque no puedo detenerme en este punto, por la vía de la diversión podrían introducirse incluso experiencias de justicia restaurativa en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁷. Los programas de cumplimiento tienen mucho de prevención comunitaria, se trata de actuar sobre la empresa con el fin de reconstruir un entorno social que favorece la aparición de delitos.

En suma, la perspectiva procesal del *compliance* nos obliga a mantener la mente abierta acerca de cómo el *compliance* puede integrarse en el sistema penal. Aunque en este trabajo se ha intentado sentar las bases de un sistema de imputación, la experiencia de los EE.UU. parece sugerir que lo más relevante no es la teoría jurídica del delito, en el marco de un proceso penal convencional. Quizás en Europa podamos inventar un «*compliance* a la europea», en el que efectivamente lo decisivo sea la construcción de un concepto de delito propio de personas jurídicas y un proceso penal en que los jueces examinen los programas de cumplimiento como ahora examinan la tipicidad o las causas de justificación. No obstante, no estoy seguro de que este sea el camino para que el sistema penal pueda aprovechar al máximo la autorregulación empresarial, en su tarea de prevenir la criminalidad al menor coste para las libertades.

⁶⁷ Más ampliamente, véase Nieto Martín, 2009, p. 104 y ss.