

CUESTIONES TEÓRICAS FUNDAMENTALES DEL *CRIMINAL COMPLIANCE*

Juan Pablo MONTIEL*

Fecha de recepción: 17 de enero de 2017

Fecha de aprobación: 15 de marzo de 2017

Resumen

Pese a la abundante literatura e información disponible, todavía sigue sin quedar suficientemente clara una serie de cuestiones fundamentales del *compliance*, que van desde su propio alcance conceptual hasta su relación con otras disciplinas parecidas y su encaje dentro del sistema del Derecho penal. El trabajo parte de la hipótesis de que su carácter eminentemente práctico ha llevado a un menosprecio de los abordajes conceptuales de este fenómeno. Con la pretensión de reivindicar la relevancia de los aspectos teóricos, la presente contribución pretende clarificar qué se entiende por *criminal compliance* y explicar sus conexiones con el Derecho penal económico y la autorregulación empresarial, a la vez que analizar su compatibilidad con el principio de legalidad.

Palabras clave

Criminal compliance – investigaciones internas – responsabilidad penal de la persona

* Abogado, graduado con el premio "Cuadro de Honor" en la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina). Es Doctor Europeo en Derecho penal y Ciencias penales por la Universidad Pompeu Fabra (España) y ha realizado estudios posdoctorales en la Universidad Erlangen-Nürnberg (Alemania). Ha sido docente con dedicación exclusiva en las Universidades de los Andes (Colombia), San Andrés (Argentina) y en la misma Pompeu Fabra. Ex becario del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD), la Fundación Alexander von Humboldt, el Ministerio de Ciencia y Tecnología de España y del Instituto Max Planck de Derecho penal internacional y extranjero de Friburgo (Alemania). Actualmente se desempeña como Director de la Escuela de Capacitación del Ministerio Público de la Acusación de Jujuy y como Coordinador General de CRIMINT. Correo electrónico de contacto: jpmontiel@crimint.com.ar

jurídica – gestión de riesgo – corrupción – autorregulación – *whistleblowing* – oficial de cumplimiento – mapeo de riesgos – principio de legalidad

FUNDAMENTAL THEORETICAL ISSUES ON CRIMINAL COMPLIANCE

Abstract

Despite the abundant legal literature and information available, several key issues of compliance, ranging from its own conceptual scope to its relationship to other similar disciplines and its fit within the criminal law system, remain unclear. This paper starts from the hypothesis that its eminently practical nature has led to contempt the conceptual approaches of this phenomenon. The purpose of this contribution is to clarify what is meant by criminal compliance and to explain its connections with economic criminal law and corporate self-regulation, as well as to analyze its compatibility with the principle of legality.

Keywords

Criminal compliance – internal investigations – criminal liability of corporations – risk management – corruption – self-regulation – whistleblowing, compliance officer – risk mapping – principle of legality

I. ¿Es posible el *criminal compliance* sin un soporte teórico?

El (*corporate*) *compliance* es un fenómeno netamente *práctico* dado que se nutre y desarrolla a partir de la compleja problemática con la que diariamente las empresas deben lidiar para gestionar con los riesgos jurídicos de su actividad. Todo estudio sobre el *compliance* se encuentra, por tanto, necesariamente anclado a problemas prácticos; las referencias de estudio serán siempre las estrategias y procedimientos que cotidianamente las empresas deben implementar para prevenir la comisión de delitos. Ahora bien, ello no significa que el *compliance* no sea susceptible de ser abordado también desde un punto de vista conceptual o teórico, ni menos aún que no necesite serlo. Así, son valiosos tanto estudios que describan la intrincada problemática práctica y regulativa que involucra cuestiones del *compliance*, como así también aquellos que hurgan en las estructuras básicas de este nuevo fenómeno, intentando plantear distinciones fundamentales y

esclarecer ciertos problemas que en la práctica aparecen velados.

En una disciplina tan fuertemente conectada con problemas prácticos, los análisis conceptuales no sólo se tornan imprescindibles por un puro afán especulativo. Sucede que muchas veces el conocimiento de cómo funcionan y organizan las empresas en materia de cumplimiento o de los instrumentos regulativos del sector de la actividad empresarial no resultan suficientes para atender a los desafíos y problemas que presenta el *compliance*. A modo de ejemplo, el estudio de las normativas que estipulan las funciones del oficial de cumplimiento en el sector financiero puede resultar insuficiente para saber si le cabe responsabilidad penal cuando su falta de vigilancia da lugar a que un miembro de la empresa cometa un delito. Algo similar sucede a la hora de determinar los alcances de los protocolos *KYC* (*know your customer*), dado que el estudio de la fuente y de la literalidad de la normativa del que surgen se torna insuficiente para comprender el alcance de los deberes. En estos casos, una solución satisfactoria de los problemas requerirá de la complementación de un aparato conceptual más sofisticado, procedente en la gran mayoría de los casos de la dogmática jurídico-penal. En este sentido, no solo presentan interés estudios sobre aspectos netamente conceptuales del *criminal compliance* (tales como su significado), sino también aquellos que ponen al servicio de la resolución de problemas prácticos herramientas procedentes de la teoría del delito.

El principal objetivo de esta contribución es poner de relieve en la discusión nacional algunos de los principales aspectos teóricos o conceptuales del *criminal compliance* que merecen ser atendidos para una mejor comprensión del fenómeno. En esta línea, el primer apartado del trabajo se concentra en la relación entre *criminal compliance* y el Derecho penal económico, especificando el interés que ambos fenómenos tienen sobre temas tales como la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante, "RPPJ"), como así también la del oficial de cumplimiento, etc.. En el apartado segundo se estudian las peculiaridades del *criminal compliance*, como estrategia de prevención de delitos desde la lógica de una particular manera de gestionar los riesgos penales. En el apartado final, se toma en consideración las repercusiones que tiene la llegada del *compliance* en el sistema de garantías jurídico-penales, especialmente en el principio de legalidad.

II. Criminal compliance y Derecho penal económico

El *compliance* es un fenómeno necesariamente ligado al mundo empresarial, pero

ello no significa que *criminal compliance* y Derecho penal económico o empresarial representen una misma cosa (ROTSCH, 2012a: 4-5; 2012b: nm. 6). La confusión viene dada, entre otros motivos, porque temáticas reconocidamente vinculadas con el Derecho penal económico o empresarial —v. gr. responsabilidad penal de la persona jurídica, atribución de responsabilidad en estructuras empresariales, delitos de corrupción empresarial y de lavado de activos— ocupan un lugar importante en los principales estudios sobre *compliance*. Sin embargo, esta conexión no debe llevarnos a perder de vista la relación "complementaria" que une a ambos fenómenos. El Derecho penal económico —en tanto parte del Derecho penal— tiene como objeto de estudio aquellos tipos penales que describen comportamientos realizados por empresas o por quienes actúan en el marco de sus actividades cotidianas, pero abusando de la confianza generada en el tráfico económico (lavado de dinero, evasión fiscal, corrupción entre particulares, contaminación medioambiental, etc.).¹ Asimismo, se ocupa del estudio de las reglas de imputación que hacen posible endilgar responsabilidad penal a personas jurídicas,² como así también de otros problemas de responsabilidad individual originados a partir de la delegación de competencias dentro de la empresa.³ En este último aspecto, se trasladan y adaptan a las particularidades de la actividad empresarial las reglas tradicionales de imputación que dominan la Parte general del Derecho penal. Resumidamente puede decirse que el Derecho penal económico se ocupa de determinar qué conductas vinculadas a la empresa son punibles y además los criterios bajo los cuáles puede atribuirse responsabilidad por esos delitos.

La diferencia más notoria que presenta el *criminal compliance* radica en que aquí el objeto de estudio no son las conductas delictivas vinculadas a la actividad empresarial, sino las estrategias de gestión de riesgos jurídico-penales. Así, mientras que el Derecho penal económico nos brinda herramientas para determinar en qué casos existen *out-puts* lesivos de la empresa que merecen ser castigados penalmente, el *criminal compliance* se preocupa por diagramar aquellos procedimientos, organismos o instituciones que deben

1 No resulta en absoluto sencillo ofrecer una definición precisa de Derecho penal económico y por ello esta noción pretende congregar algunos de los aspectos dogmáticos y criminológicos que para la doctrina resultan relevantes, cfr. KUDLICH/OGLAKCIOGLU (2011), § 2, nm. 5.

2 Para una buena panorámica del problema en la literatura actual, cfr. entre otros SILVA SÁNCHEZ (2013); SARRABAYROUSE (2014); GÓMEZ JARA DÍEZ (2016).

3 Sobre este fenómeno en la doctrina, cfr. entre otros MONTANER FERNÁNDEZ (2008: 84 y ss.); YACOBUCCI (2002).

estar presentes dentro de la empresa para evitar la comisión de delitos. Justamente, en las acertadas palabras de Lothar KUHLEN (2013: 51), el *compliance* alude a la totalidad de “medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionen”.⁴ Para explicarlo en términos clásicos de la criminología, mientras que el *compliance* supone una estrategia de prevención primaria, el Derecho penal económico opera en la prevención secundaria. De esta manera, el *compliance* en la prevención de delitos está referido a dos cosas: (1) a las estrategias adoptadas por la empresa para dificultar la comisión de delitos de sus empleados, y (2) a la organización interna orientada a asegurar su capacidad para no incurrir en conductas delictivas.

Esta distinción permite deslindar más claramente las aristas de los temas clásicos del Derecho penal empresarial que son relevantes para la discusión del *criminal compliance*. La responsabilidad penal de la persona jurídica (RPPJ) es una problemática que de alguna manera “bautizó” al Derecho penal económico y en ese marco se discutieron los criterios para una atribución adecuada de responsabilidad penal. Ahora bien, no le incumbe al *compliance* la elaboración de esos criterios, dado que sus preocupaciones pasan por otro lado. En primer lugar, la RPPJ interesa principalmente desde un punto de vista político criminal, dado que eleva los incentivos para que la empresa se adecue al cumplimiento normativo. Con ello se impide la estrategia de tener empleados que funjan de “fusibles” ante la comisión de algún delito y en eviten que la responsabilidad ascienda hasta los titulares de la empresa.⁵ Hablaríamos aquí, tomando las acertadas palabras de KUDLICH (2013), de “*compliance* mediante la punibilidad de asociaciones”. En segundo lugar, en este terreno la RPPJ también adquiere relevancia dado que los procedimientos internos de la empresa para gestionar preventivamente los riesgos jurídico-penales y el fenómeno autorregulatorio (en general) pueden exteriorizar un mayor compromiso con la legalidad, lo cual redunde en una atenuación de la pena o bien se presenta como un criterio cierto de la constatación o no de un “déficit organizativo” que habilite la pena a estos colectivos. De hecho, como advierten BERMEJO y PALERMO (2013: 173), la mayor densidad teórica y práctica que ha traído consigo el fenómeno del *compliance* ha

⁴ De modo similar, GARCÍA CAVERO (2014: 54), al igual que la exposición de motivos del proyecto de ley enviado por el Poder Ejecutivo Argentino al Congreso para sancionar personas jurídicas por la comisión de delitos contra la administración pública.

⁵ Evitar lo que la *Deputy Attorney General* Sally Yates supo describir como “*the vice president in charge of going to jail*”, citado por GARRETT (2016:7).

permitido que la doctrina del "déficit de organización" desarrollada por Klaus TIEDEMANN⁶ haya ganado en calidad argumental.

Algo similar sucede con aquellos temas discutidos hoy en el marco del *compliance* pero que se encuentran fuertemente imbuidos por la discusión de la atribución de responsabilidad en estructuras empresariales. Cuando se discute sobre el alcance de las competencias del oficial de cumplimiento o *compliance officer* o cuando se analiza el alcance de los deberes de vigilancia empresariales, afloran discusiones ya conocidas por todos en torno a posiciones de garante y a la delegación de competencias dentro de la empresa. Sin embargo, los elementos propios de *compliance* son fundamentales para comprender más acabadamente el fenómeno y aplicar adecuadamente las reglas de imputación. El oficial de cumplimiento ocupa un rol fundamental en la prevención de ilicitudes dentro de la empresa, en tanto es responsable de diseñar el sistema de *compliance* y de velar por que éste funcione correctamente, tanto mediante la disposición de procedimientos de control y reporte, como mediante la capacitación de los empleados. Con todo, no debe perderse de vista que desempeña un rol eminentemente técnico (MONTIEL, 2015; BLANCO, 2011: 1877), dado que, en última instancia, la resolución de una determinada decisión quedará en el directorio, lo que trae consigo una notable reducción en el radio de sus competencias e impide mirarlo con el máximo responsable de impedir la comisión de delitos por parte de la empresa. Por su parte, el abordaje de los deberes de vigilancia en el *compliance* empresarial tiene que ver, entre otros factores, con que la incorporación cada vez más frecuente en las autorregulaciones empresariales de protocolos *KYC* (*know your customer*) o de deberes de vigilancia de la casa matriz respecto de las filiales incide directamente en la reconfiguración del alcance de esos deberes.⁷

Finalmente, la fenomenología del *criminal compliance* aparece en medio de la discusión en torno a los delitos de lavado de activos y de corrupción no por el hecho de que le está asignada la función de configurar sus presupuestos, sino porque las autoridades de control obligan a las empresas a adoptar una serie de mecanismos, procedimientos o roles internos para impedir la comisión de estos delitos.⁸ Los más

6 Entre los muchos trabajos en los que este autor desarrolla su sugestiva teoría del defecto de organización basta citar, TIEDEMANN (1988), especialmente en pp. 1172 y ss.

7 Posiblemente sea éste el ámbito más complejo y desafiante en la actual discusión. Para un interesante análisis de toda esta problemática, cfr. SILVA SÁNCHEZ (2013: 97-8).

8 Para un análisis exhaustivo de este vínculo, ceñido al ámbito de los delitos de lavado de activos,

clásicos ejemplos surgen en nuestro país de los deberes que impone la UIF a los sujetos obligados de reportar operaciones sospechosas o bien la obligación de instituir un oficial de cumplimiento en los sujetos obligados que adoptan la forma de sociedades legalmente constituidas.

Esta caracterización realizada sin pretensiones de exhaustividad busca simplemente dar cuenta del vínculo de complementariedad que une al Derecho penal económico con el *criminal compliance*, resaltando no obstante sus respectivos “territorios”. Desde esta óptica, el *compliance* aparece fuertemente asociado a la gestión de riesgos de riesgos penales, lo que da lugar a un complejo, prolongado e incesante proceso de verificación, análisis y tomas de decisiones para impedir que la empresa o sus empleados cometan delitos.

III. El criminal compliance como gestión privatizada de riesgos penales

A) Privatización, mapeo de riesgos y sistemas de compliance

Podría situarse históricamente la popularización del fenómeno del *compliance* en el Derecho penal continental en la primera década de este siglo, motivada por los grandes escándalos de corrupción con los que el mundo empresarial dio la bienvenida al nuevo milenio. En opinión de SIEBER (2011: 206), los emblemáticos casos *Siemens*, *Enron*, *World Com* o *Parmalat*, entre tantos otros, sirvieron no sólo para poner al desnudo de qué manera algunas empresas habían adoptado al soborno y al falseamiento de balances como *modus operandi* para ganar mercados, sino también para revalorizar el rol de las propias empresas para prevenir y reaccionar frente a la criminalidad.⁹ Puede decirse que a partir de entonces la lucha contra la criminalidad ya deja de ser sólo un problema que concierne exclusivamente al Estado y pasan también las empresas a sumarse a esta tarea mediante el ofrecimiento de incentivos positivos y negativos. Seguramente son muchas y muy variadas las razones por las que se da participación a las empresas en la prevención de

ver por todos BERMEJO (2015: 263 y ss).

⁹ Sin perjuicio de estos casos, vale la pena recordar, como correctamente señala GARCÍA CAVERO (2014: 18), que ya en los años 60' la empresa *General Electric* pretendió implementar un sistema de programas de cumplimiento como medio de defensa frente a cargos penales, lo que despertó una profunda discusión sobre su importancia en la gestión de riesgos penales en la empresa.

ilicitudes, pero seguramente la más destacada se vincula con cuestiones de eficiencia: el alto insumo de recursos públicos que demanda penetrar las complejas estructuras empresariales e indagar por la comisión de ilicitudes, hace aconsejable que sean las propias empresas las que brinden esa información. Aunque también el acoplamiento de personas jurídicas en estas tareas parece constituir una exigencia moral derivada del movimiento del denominado "gobierno corporativo", que además de demandar un desarrollo armonioso de la empresa con el medioambiente o la realidad social, exige fuertemente un compromiso con la legalidad.¹⁰ En definitiva, todo esto genera que se active una suerte de "privatización de la lucha contra la criminalidad".¹¹

Desde esta perspectiva, el *compliance* se presenta como algo mucho más complejo y sofisticado que la mera exigencia de adecuarse a la ley o de observar la legalidad y ello explica, en definitiva, que el fenómeno esté teniendo en la actualidad un alto impacto en la actividad empresarial y en las estrategias de prevención de delitos (PRITTWITZ, 2013: 208-9); GARCÍA CAVERO, 2014:24). Quedarnos simplemente con las ideas básicas de "cumplir con la ley" u "observar la legalidad" sería meramente un concepto de moda pasajero o, como indica KLINDT (2006: 3399), verter "vino viejo en botellas nuevas". Dicho esto, estamos más bien ante una estrategia mucho más compleja de prevención de las conductas desviadas dentro de las corporaciones, que toma en consideración las particularidades de las dinámicas de grupos y de la gestación de las conductas delictivas.¹²

Por empezar, asistimos a un traslado sin precedentes de ciertas funciones de prevención que tradicionalmente había asumido monopólicamente el Estado hacia asociaciones, confiando en que éstas disponen no sólo de mayores posibilidades estratégicas y operacionales que los individuos, sino que además de esta manera son capaces de controlar las fuentes de los riesgos de punibilidad (RATHGEBER, 2012: 34). Pero a ello se suma de manera decisiva que el notable aumento de la complejidad social muestra que el Estado no cuenta con capacidades financieras ni estructurales para asumir eficientemente los procesos de regulación, supervisión y sanción en ámbitos tan especializados como el corporativo (COCA VILA, 2013: 45-6). Ello conlleva una clara asociación del *compliance* con el incipiente fenómeno autorregulatorio en la empresa,

10 Sobre la irrupción del *compliance* dentro del movimiento del *corporate governance*, cfr. MAROTO CALATAYUD (2008).

11 NESTLER (2013: nm. 209 y ss).

12 Una interesante panorámica de esta problemática en AGUSTINA SANLLEHÍ (2010: 209 y ss.)

pero especialmente con una privatización de ciertas estrategias de *prevention, detection and reaction*.¹³

Ahora bien, no sería correcto interpretar semejante privatización como un impulso “desregulador”, esto es, como una pretensión estatal de desligarse de ciertas estrategias preventivas que se deja directamente en manos de los particulares. Más bien, al contrario, las limitaciones propias junto a las ventajas comparativas que presentan las estructuras empresariales ofrecen fuertes razones para entender que el Estado *se vale* de las empresas —i.e. las *instrumentaliza*— para lograr una intervención mucho más eficiente (COCA VILA, 2013: 46-7). Así, mediante la exigencia de reportes (por ejemplo, por operaciones sospechosas en el marco de blanqueo de capitales) o de la transmisión de información y otras maneras de colaboración, el Estado logra penetrar en la empresa de un modo que anteriormente le era altamente difícil. Para ello dispone especialmente de diferentes estrategias que se traducen básicamente en incentivos positivos y negativos. Dentro de estos últimos, es seguramente la RPPJ la que de manera más intensa motiva a estos entes colectivos a adecuar sus mecanismos internos de prevención a las exigencias estatales y a colaborar con las autoridades. Aunque también los de carácter positivo —algo raro en la estructura tradicional de nuestro Derecho penal— desempeñan un papel relevante a partir del ofrecimiento de rebajas punitivas o bien del retiro de cargos, etc. De este modo, más correcto sería aludir a una *participación de privados* en la prevención de la criminalidad que de una *desregulación* en sentido estricto.

Es menester resaltar además que el cambio cualitativo que ofrece el *compliance* no pasa únicamente por dar participación a las empresas en la disuasión, sino también por la particularidad con que esa tarea es asumida. Aquí, “riesgos jurídicos” y su “gestión eficiente” son dos términos centrales. Desde el mismo momento en que una empresa “abre sus puertas al público” comienzan a generarse innumerables riesgos que no sólo ponen en peligro los derechos de terceros ajenos a la empresa (consumidores, proveedores, etc.) sino también de los propios propietarios o empleados de ella. En este sentido se habla de *riesgos reputacionales*,¹⁴ de *riesgos operacionales*,¹⁵ pero también de *riesgos jurídicos*. Esta

13 Enfatizando esta cuestión, KUHLEN (2013:68); MONTIEL (2015).

14 “La posibilidad de una opinión pública negativa respecto a prácticas institucionales, sea cierta o falsa, que deriva en una disminución de la base de clientes, litigios onerosos y/o una caída de los ingresos”, según el documento “Operational Risk – An Introduction”, elaborado por el *Financial Stability Institute*.

última clase de riesgos se refiere a las consecuencias adversas que podrían llegar a derivarse de la imposición de sanciones o del inicio de procesos judiciales o administrativos en contra de la empresa. Entre estas consecuencias adversas podrían identificarse, entre muchas otras, el pago de multas, la pérdida o suspensión de la personería jurídica, pero también la pérdida de un negocio o la elevación de los costos de un negocio. Toda actividad empresarial conlleva necesariamente la creación de ciertos riesgos jurídicos de carácter objetivo que van a variar según el rubro en que la corporación opere. No son los mismos los riesgos jurídicos a los que se ve expuesta una entidad financiera que una celulosa, dado que no son los mismos los ámbitos regulatorios que constriñen a cada empresa.

Hasta no hace mucho, las empresas adoptaron como estrategia principal de gestión un *aseguramiento* frente al *acaecimiento* de los riesgos, es decir, priorizaron la mitigación de los efectos económicos (por ejemplo) de una resolución judicial a partir de transferir a compañías de seguro la asunción de parte de los costos. Como es bien sabido, este tipo de gestión de riesgos cede en la actualidad ante una tendencia que procura anticiparse en la gestión de riesgos, lo que obliga a contar —además de con seguros específicos tradicionales— con estructuras y procedimientos que no trabajen sobre las consecuencias de los riesgos sino sobre sus *causas*, apuntando directamente a prevenirlos.

Visto entonces el *compliance* como una herramienta para gestionar de manera privada riesgos jurídicos, es importante destacar que para hacerlo eficientemente es necesario partir de un mapeo de *riesgo (risk mapping)*. Se trata de un procedimiento complejo que se compone de diversas fases orientadas a una cabal comprensión del riesgo y de los verdaderos impactos que éste puede tener en la empresa. En este sentido, conviene distinguir cuatro momentos esenciales del mapeo de riesgo: *identificación, entendimiento, evaluación y priorización*.¹⁶

15 Según el Comité de Basilea II el *riesgo operacional* es el "riesgo de sufrir pérdidas debido a la inadecuación o a fallos en los procesos, personal y sistemas internos o bien por causa de eventos externos".

16 Cabe mencionar que en la praxis suelen reconocerse otros pasos adicionales en el proceso de *risk mapping*, tales como la gestión y la revisión, cfr. especialmente el documento *Guide to corruption risk mapping* de la Organización Mundial del Comercio. Que en este trabajo el mapeo de riesgo aparezca reducido a la identificación, entendimiento, evaluación y la priorización obedece a que solamente en

En primer lugar, es necesario realizar un listado completo de todos los riesgos inherentes a la actividad empresarial y considerar el nivel de exposición de la empresa. Tratándose de riesgos jurídico-penales, es preciso tener en cuenta aquellas actividades corporativas que bajo ciertas condiciones podrían subsumirse en algunos tipos penales (*etapa de identificación*). Dependiendo del sector operativo de la empresa los riesgos pueden estar ligados a delitos de contaminación medioambiental, de corrupción, lavado de dinero, competencia desleal, fraudes fiscales, etc.¹⁷

A ello le sigue una etapa de *entendimiento* en la que se procura comprender de qué manera se presenta el riesgo, de qué modo se desarrolla y la manera en que es procesado por la estructura de la corporación. Un ejemplo de esto último: en ciertas industrias (v.gr. de prótesis) son los sectores de ventas de la empresa en donde más frecuentemente se “cuecen” los arreglos corruptos entre la empresa, obras sociales y auditores; en los bancos son los departamentos de *compliance* aquellos que se encargan de aprobar una operación que podría dar lugar a un acto de blanqueo. Justamente, la tarea consiste en identificar que en ese tramo de la cadena de gestión existe mayor exposición a los riesgos y además en diseñar procedimientos de implementación y control que reduzcan los peligros de incurrir en una conducta delictiva.

Tras ello es necesario *evaluar* el riesgo, lo que implica básicamente estimar su frecuencia y gravedad –lo que dará lugar a lo que se conoce como *matriz de riesgo*- y además determinar su impacto en la estructura de la empresa y su capacidad para afrontarlo. La última etapa del mapeo de riesgos, denominada de *priorización*, es crucial porque se ponen en relación directa los riesgos jurídicos de la actividad empresarial con los recursos disponibles. Dado que toda empresa cuenta con recursos escasos, siempre surge la necesidad de realizar un *ranking* de riesgos para, a partir de ello, determinar de qué modo se van a administrar los recursos tendientes a inocuizar ciertos ámbitos de la actividad empresarial. Por regla, se recomienda atender prioritariamente a aquellos riesgos de mayor gravedad que suelen presentarse con mayor frecuencia.

estas etapas existe un estudio tendiente a reconocer y conocer los genuinos riesgos que se ciernen sobre la actividad empresarial, mientras que las restantes etapas que suelen identificarse tienen más que ver con un procedimiento distinto, ligado a la planificación y disposición de medidas para afrontar dichos riesgos, lo que, en mi opinión, pasa a ser directamente un tema de *compliance* o de gestión de riesgos en sentido estricto y no de mapeo.

¹⁷ Sobre estos riesgos negociales, cfr. con ulteriores referencias BOCK (2011: 263 y ss).

Todas las medidas que adopta una empresa tras el mapeo de riesgo es lo que se conoce como *compliance*. La cabal comprensión de los riesgos es lo que permite luego a toda empresa planificar las estrategias de abordaje integral del riesgo y contar en definitiva con un sistema de *compliance real* o *eficiente* y no con uno meramente aparente o, en palabras de HEMPHILL y CULLARI (2009: 345), "*de papel*". Ello obliga a las empresas a establecer mecanismos de gestión de tales riesgos, que se traducen en la regulación de determinadas cuestiones, en la modificación de su estructura interna, en el establecimiento de procedimientos de control, vigilancia y reporte, en la planificación de procesos de detección de irregularidades, etc. Desde esta perspectiva, todo sistema de *compliance* expresa su finalidad de prevenir la criminalidad de dos maneras distintas: una primera consistente en "ambientar" los contextos de una manera que favorezca comportamientos apegados a la legalidad; una segunda destinada a confirmar el Derecho y a fortalecer las reglas del sistema.¹⁸

B) Impedimentos a la comisión de delitos y capacitación para el cumplimiento de la ley

Entre las muchas estrategias que se ensayan en la criminología en el marco de la prevención primaria se destacan aquellas que consisten en generar un contexto en el que se reduzcan drásticamente las posibilidades de incurrir en comportamientos ilícitos. En el ámbito empresarial es bien sabido que se presentan dinámicas de grupos particulares, donde cierto anonimato favorece la desinhibición de los particulares y la sensación de una dispersión de la responsabilidad y del control (AGUSTINA SANLLEHÍ, 2010: 54-5). En este sentido, es cometido del sistema de *compliance* montar estructuras y procedimientos que logren "re-ambientar" o "re-escenificar" el contexto de operación de los particulares para romper con esa sensación de irresponsabilidad (¿organizada?), generar incentivos para conductas respetuosas de la ley y obstaculizar la comisión de delitos.

¹⁸ GARCÍA CAVERO (2014: 22-3) señala que la finalidad del *compliance* de asegurar el cumplimiento de la ley dentro de la empresa se expresa mediante dos funciones, la prevención y la confirmación del Derecho, entendiendo esas funciones de un modo similar al aquí defendido. Sin embargo, considero que también la confirmación del Derecho debe ser entendida como una función orientada a la prevención de la criminalidad.

En el contexto de esta “re-ambientación” para prevenir conductas criminales ocupan un lugar destacado los diferentes procedimientos internos que las empresas se ven obligadas a adoptar para su propia conveniencia o bien por exigencias externas. Entre ellos, los más conocidos están ligados al ámbito de la prevención del delito de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, donde los sujetos obligados deben reportar a la UIF toda operación sospechosa. Dando cumplimiento a este deber, las empresas deben adoptar mecanismos ágiles y eficientes de chequeo y transmisión de la información. En sentido similar, las áreas de compra de las empresas configuradas bajo el paradigma del *compliance* deben tomar una serie de recaudos y controles en las etapas de contratación para evitar que “incentivos oscuros” alteren la elección del proveedor. También se destacan los controles automatizados y alertas en sistema ligados al negocio o a las operaciones transaccionales que se activan, por ejemplo, ante movimientos bancarios que exceden determinados montos, accesos al sistema en horarios insospechados, etc. En la actualidad existen herramientas tecnológicas muy sofisticadas que mejoran cualitativamente la capacidad de la empresa para obstruir o desincentivar conductas delictivas.

Con todo, existen además otras manifestaciones del *compliance* que expresan su vocación de prevenir la comisión de delitos a partir de *capacitar a la empresa* (en su conjunto) *para evitar incurrir en responsabilidad penal*. Dicho de otro modo: se busca que la empresa esté en condiciones de poder impedir la comisión de delito de sus empleados. Este fenómeno se expresa tanto a nivel colectivo en la corporación, como a nivel individual de sus miembros. Lo primero se relaciona con la problemática ya abordada *supra* de la RPPJ y el *déficit de organización* como criterio de fundamentación de la pena. La existencia de un sistema idóneo de *compliance* reduce las posibilidades de que existan *out-puts* delictivos, al significar ello que se han predispuesto mecanismos, como señal de que existe una gestión organizada de los riesgos jurídico-penales. Sin dudas, ello no impide absolutamente que los empleados de la empresa cometan algún delito, pero en este caso la existencia de un sistema de *compliance* exonerará de responsabilidad penal a la persona jurídica, dado que faltará el presupuesto del *déficit de organización*. El delito será expresión de una consecuencia que incluso mediante un comportamiento diligente no pudo evitarse. Ello significa que, en nivel de la persona jurídica, todo sistema de *compliance* cumple la función de capacitar a la empresa para el seguimiento de las normas

jurídico-penales.¹⁹ Así, las exigencias de *compliance* deben ser leídas como reglas de comportamiento dirigidas a las personas jurídicas y que prescriben la adopción de una serie de mecanismos y procedimiento que la *capacitan* para (*hacen que esté en condiciones de*) impedir la comisión de delitos.²⁰

La orientación "*capacitadora*" del *compliance* se manifiesta también de un modo particularmente fuerte en la figura del oficial de cumplimiento o *compliance officer*. Es por todos conocido que a partir de la entrada en vigor de la ley 25.246 toda persona jurídica regularmente constituida que resulte sujeto obligado debe contar con un oficial de cumplimiento (art. 20 *bis*, 4 párr.). En términos genéricos, se trata del principal responsable del sistema de *compliance*, lo cual de ningún modo puede significar la existencia de una posición de garante que lo obligue a impedir todos los delitos que se cometen en la empresa.²¹ Según normativa de la UIF, su función esencial consiste en "velar por la observancia e implementación de los procedimientos y obligaciones establecidos en virtud de esta resolución y de formalizar las presentaciones ante la UIF" (art. 1, res. 1/2011 y art. 6, res. 121/2011). Por lo general, se entiende que sus áreas de trabajo aparecen vinculadas con el diseño, la implementación y el control interno del sistema de *compliance* (BERMEJO y PALERMO, 2013: 182-3), competencias que, según el artículo 7 de la resolución 121/2011 de la UIF, podrían sintetizarse de modo más preciso reconociendo dos grupos de tareas: *capacitar a la empresa para estar en condiciones de cumplir la ley y reportar irregularidades*.²²

El primer grupo de competencias está integrado por varias actividades que van desde las más genéricas, como ser el adecuado diseño de programas de cumplimiento²³ y

19 Receta igualmente esta idea el artículo 3 del proyecto de ley de responsabilidad penal de la persona jurídica por delitos contra la administración pública, enviado por el Poder Ejecutivo argentino al Congreso en octubre de 2016.

20 Ello explica que no resulte extraño considerar en la responsabilidad penal de la persona jurídica la discusión en torno a las incumbencias, cfr. ROBLES PLANAS (2009:10-1).

21 Entre otros, favorecen también esta posición, ROTSCH (2012b: nm. 34); WARNEKE (2010: 317); KONU (2014: 205).

22 En detalle con ulteriores referencias, MONTIEL (2015).

23 En palabras de BERMEJO y PALERMO (2013:182), en cuanto al diseño de los programas de cumplimiento el CO tiene la obligación de elaborar una autorregulación que cumpla con los estándares de calidad exigidos por la legislación sectorial o por normas técnicas del ámbito de

de procesos de gestión, hasta las más concretas como la capacitación de los empleados de la empresa.²⁴ El control del adecuado funcionamiento y de la efectiva aplicación de los programas de cumplimiento también debe ser incluido dentro del rol de la capacitación de la empresa, puesto que, si bien no está orientado directamente a la capacitación, se trata de una instancia de verificación del éxito de estos procesos. En este sentido, la empresa estará capacitada para minimizar los riesgos penales en la medida en que cuente con recursos humanos y estructuras y procesos internos idóneos.

C) Sistemas de detección y reacción corporativa frente a la comisión de delitos

En el mundo del cumplimiento empresarial se da algo parecido a lo que sucede en ciertas reconstrucciones de la teoría de la pena, donde no basta con la existencia de conminaciones abstractas de pena para ciertas conductas, sino que además se requiere su efectiva imposición (prevención general *positiva*). Solo así demostraría el Estado que se toma en serio la amenaza de pena (JESCHECK y WEIGEND, 1996: 68). Respecto al *compliance* también resulta imprescindible para su aseguramiento y su genuina vigencia que existan mecanismos de control (de comportamientos individuales y de funcionamiento de la estructuras y procedimientos que impiden la comisión de delitos), de detección y reacción institucionalizada frente a la criminalidad. Aquí también las empresas cuentan con importantes incentivos para disponer mecanismos idóneos de vigilancia, investigación, fiscalización, reporte a las autoridades estatales, sanciones laborales, etc. En la mayoría de los casos estos incentivos se traducen en una incidencia en el denominado *culpability score*, dando lugar a importantes rebajas punitivas para la empresa. Dentro del enorme espectro de cuestiones relevantes para la *prevention* y *reaction* que ofrece la discusión del *compliance*, me interesa aquí meramente concentrarme en aquellas más popularizadas en nuestros días: el sistema de denuncias o *whistleblowing* y las investigaciones internas. En la medida en que una empresa no cuente con un sistema aceitado que permita hacer llegar la *notitia criminis* o reaccionar a tiempo frente a sospechas, o en la medida en que sus

actividad de la empresa (v. gr. ISO 19600). En este sentido, el programa debe ser idóneo para identificar, controlar, reportar y evitar los riesgos penales de la actividad. Además, debe ser aprobado por la dirección, respecto del cual rige el principio de confianza, salvo que haya existido culpa *in eligendo*.

²⁴ Dicha tarea consiste, en lo esencial, en enseñar a los trabajadores las principales regulaciones que son relevantes en el concreto ámbito de actividades de la empresa y los riesgos jurídicos derivados de su incumplimiento, cfr. TÖDTMANN y KALUZA (2012: 547).

sistemas de pesquisa sean deficientes, seguiremos estando ante un sistema de *compliance* fracasado.

La expresión inglesa *whistleblower* puede traducirse literalmente al español como "aquél que hace sonar el silbato" y está asociada a la imagen del policía que mediante un silbato advierte a otros agentes de la presencia de un delincuente o de la comisión de un delito.²⁵ En la actual práctica empresarial, el *whistleblowing* o sistema de reporte de irregularidades se conforma a partir de la construcción de canales internos o externos de comunicación para que la información relativa a las infracciones legales, administrativas o éticas (relativas a la actividad empresarial) pueda llegar al conocimiento de las autoridades de la empresa encargadas de prevenir, sancionar o minimizar los daños derivados de tales infracciones (BERMEJO, 2013: 52).

Una de las maneras más habituales de instalar semejante sistema de denuncias consiste en habilitar una *hot line* o una casilla de correos en la que puedan dejarse asentadas denuncias de irregularidades, en las que se ven involucrados empleados o directivos de la propia empresa.²⁶ Sin perjuicio de ello, según cuál sea el agente receptor de la denuncia se va a hablar de un *whistleblowing* interno, cuando el receptor sea una empresa, o bien de *whistleblowing* externo, cuando lo sea el Estado o algún otro órgano especial dedicado a la persecución de estos ilícitos.²⁷

En la actualidad las empresas cuentan con importantes incentivos para contar con estos canales de denuncia, lo que se traduce por ejemplo en ventajas punitivas, del mismo modo que se busca promover denuncias mediante incentivos económicos o protecciones de carácter laboral.²⁸ No obstante, a nivel comparado no se aprecia una exigencia legal de

²⁵ Sobre la función del *whistleblower* en el sistema de *compliance*, cfr. entre otros, con ulteriores referencias, GÓMEZ MARTÍN (2013: 130); BERMEJO (2013: 52).

²⁶ Sobre los diferentes canales de denuncia, cfr. RAGUÉS I VALLÈS (2013: 187-8).

²⁷ En sentido similar, GÓMEZ MARTÍN (2013: 130); RAGUÉS I VALLÈS (2014: 465-6).

²⁸ Especialmente algunas leyes norteamericanas (v. gr. la *False Claim Act*) promueven las denuncias ofreciendo recompensas económicas a los denunciantes que alcanzan el 30 % de la cantidad que se recupera por fraudes cometidos en contrataciones con el Estado. Además de estos incentivos de carácter económicos, vale la pena destacar que la *Sarbanes-Oxley Act* establece en su Sección 806 que ninguna empresa u análogo podrá despedir, rebajar, amenazar o acosar al empleado que haya denunciado irregularidad.

adoptar este tipo de mecanismo en el sistema de *compliance*. Así, con la salvedad de lo dispuesto por la *Sarbanes-Oxley Act* estadounidense (RAGUÉS I VALLÈS, 2014:466), no suelen estar obligadas las empresas (a nivel internacional) a estatuir un sistema de *whistleblowing*, por lo que la tendencia consiste en dejar que sean las propias empresas las encargadas de estatuir esos canales de denuncia mediante sus códigos autorregulatorios. La Argentina no constituye una excepción y a lo sumo puede reconocerse que según la legislación vigente las empresas quedan autorizadas a autorregularse en esta materia (especialmente por lo dispuesto en la ley 25.246) e incluso el contar con un canal interno de denuncias podría incidir en la individualización de la pena de la persona jurídica (art. 304, Código Penal).²⁹

En cuanto a las investigaciones internas, quizá se trate de una de las manifestaciones más sorprendentes y atractivas del *criminal compliance*. Mediante ellas las empresas disponen medidas destinadas a recolectar evidencia que acredite o niegue algún ilícito cometido por alguno de sus empleados o directivos.³⁰ Sin perjuicio de representar una privatización de la prevención de la criminalidad, las *internal investigations* no aspiran de ninguna manera a reemplazar la Justicia estatal, sino que fungen de mecanismos de colaboración: en definitiva, la información recolectada en estas investigaciones y que luego es puesta a disposición de la Justicia constituye un instrumento de gran utilidad para que los jueces puedan reconstruir en el juicio lo sucedido.

Evidentemente la importancia de esta colaboración tiene repercusiones en el tratamiento punitivo de las empresas, como se refleja indirectamente en el artículo 304 del Código Penal a la hora de estipularse los elementos relevantes en la individualización de la pena. Estas prácticas empresariales representan además una gran novedad en la familia jurídica continental (lo que explica además que sólo recientemente la doctrina se haya ocupado del tema), sin perjuicio de lo cual se trata de algo bastante conocido en los Estados Unidos a partir de escándalos de corrupción que se desataron en los años 70s.³¹ Seguramente con el escándalo de corrupción de Siemens, estos procesos de autolimpieza empresarial adquirieron gran notoriedad, ante todo por las ventajas punitivas que trajo

29 Sobre esta cuestión y una posible implementación en la Argentina, cfr. BERMEJO (2013:70-2).

30 Sobre esta noción y su clasificación, cfr. MONTIEL (2014: 494-6).

31 Para una perspectiva histórica, cfr. MATHEWS (1984: 657-8); HEMPHILL/CULLARI (2009: 334); MENGEL (2010: nm. 77); MONTIEL (2014: 491-3).

consigo su realización.³²

En opinión de SAHAN (2013:245-7), quienes por lo general asumen la dirección y ejecución de estas pesquisas son agentes ajenos a la empresa, especialmente estudios jurídicos especializados en temas corporativos y auditoras. La función de estos agentes consiste básicamente en entrevistar a las personas involucradas en los hechos investigados, en acceder a la información contenida en bases de datos de las empresas (computadoras, teléfonos celulares, etc.) o en correos electrónicos de los empleados, revisar información contable, etc.³³ En este contexto uno de los temas más delicados consiste en armonizar las prácticas de pesquisa con la legislación de protección de datos y también con el empleo en el proceso penal de la evidencia recolectada en estas investigaciones³⁴, sobre todo cuando en muchos casos puede aparecer cuestionado el respeto del principio *nemo tenetur*³⁵.

Finalmente, también en el espectro de la detección y reacción frente al delito la figura del oficial de cumplimiento adquiere una particular relevancia, especialmente en lo que concierne al reporte de irregularidades. La transmisión de información a los superiores o, en su caso, a las autoridades sobre la posible comisión de un delito de corrupción (por ejemplo, cuando se advierte el pago de viáticos excesivos a funcionarios públicos extranjeros en la negociación de un contrato público) o de la posible comisión de un delito de lavado (por ejemplo, una operación sospechosa) debe interpretarse como una competencia precautoria por excelencia. Aquí el *compliance officer*, con independencia de la concreta probabilidad de que se haya o se esté cometiendo un delito, debe informar sobre cualquier actividad sospechosa. Puede decirse que aquí el oficial de cumplimiento es quien da la señal de alarma y por tanto asume una función de *whistleblowing*. Ahora bien, pese a que de este modo el *compliance officer* podría contribuir a interrumpir potenciales

³² Es importante recordar aquí que gracias a la colaboración prestada por Siemens AC a las autoridades y a la realización de investigaciones internas una multa inicial que se calculaba en varios miles de millones de euros, logró acordarse en alrededor de mil millones de euros (€395.000.000 acordados con la Fiscalía de Múnich y € 600.000.000 con la *Securities and Exchange Commission* y el Departamento de Justicia estadounidense).

³³ Al respecto, SACCANI (2012: caps. 3-7).

³⁴ Sobre esta cuestión, cfr. MONTIEL (2013: 229-42).

³⁵ Sobre esta cuestión, entre muchos otros, cfr. ROXIN (2012); BITTMANN y MOLKENBUR (2009: 377-8); JAHN (2009: 43); KNAUER y BUHLMANN (2010: 389-92).

cursos delictivos, vale la pena aclarar que ello no implica que le compete impedir directamente la comisión de delitos.³⁶ De ello se van a encargar las personas reportadas: en su caso, personas con verdadero poder de decisión en la gestión empresarial y las autoridades competentes [KONU (2014:66)].

IV. ¿Incompatibilidad del proceso autorregulatorio con el principio de legalidad?

Los programas de cumplimiento que se da una empresa no sólo pueden estar llamados a instituir procedimientos de comunicación, de reporte o de gestión general de riesgos, sino también a establecer competencia y parámetros de gestión que pueden acabar incidiendo en la delimitación de conductas punibles. Así, por ejemplo, las autorregulaciones pueden delimitar las competencias que cada órgano detenta hacia el interior de la empresa, lo que permite fijar con precisión hasta qué punto los intervinientes en una cadena de gestión son responsables de lo que sucede. La fijación de estas competencias puede adquirir relevancia especialmente en la determinación de posiciones de garante, allí donde la propia ley (a nivel comparado) únicamente reconoce un criterio general de identificación de fuentes de garante.³⁷ Igualmente, en otros casos los programas de cumplimiento pueden estipular parámetros de *idoneidad* de una gestión o del ejercicio de una determinada competencia, que pueden representar un parámetro de medición de la diligencia con la que el operador puede ser evaluado. En este caso, el contenido de la autorregulación es capaz de repercutir directamente en la interpretación del concepto de imprudencia de cara a la realización de ciertos delitos.

Por su parte, autorregulaciones empresarias o bien acuerdos de empresas pueden tener la vocación de delimitar el ámbito de aplicación de ciertos tipos. Un buen ejemplo lo ofrecen las empresas farmacéuticas alemanas que en el año 1997 establecieron unas reglas muy precisas y delimitadas sobre qué tipo de formas de financiamiento por la industria farmacéutica se hallaban permitidos y cuáles no, de cara a los delitos de cohecho previstos en los §§ 331 Ap. 1 y 333 Ap. 1 StGB. Estos tipos penales adolecen de tal amplitud que prácticamente cualquier financiamiento privado termina cayendo dentro de

³⁶ Sobre el alcance de la responsabilidad penal del *compliance officer* por los delitos cometidos por terceros, cfr. BERMEJO y PALERMO (2013); MONTIEL (2015); ROBLES PLANAS (2013).

³⁷ Por ejemplo, esto sucede especialmente en aquellas legislaciones que poseen en la Parte general de los Códigos penales una cláusula general de equivalencia. En el caso argentino, la ausencia absoluta de esta cláusula dificulta en general la identificación precisa de posiciones de garante.

su ámbito de aplicación, de ahí que estas reglas fijadas por las empresas farmacéuticas vinieron a delimitar su ámbito de aplicación (KUHLEN, 2012: 441-2). En un idéntico sentido se perfilan los delitos medioambientales, los cuales se estructuran por lo general como leyes penales en blanco que remiten a normativa administrativa, vinculada esta última a su vez con regulaciones privadas de carácter técnico (MONTANER FERNÁNDEZ, 2013).

No resulta extraño que esta incidencia del contenido normativo de las autorregulaciones lleve a preguntarnos si acaso no se ve vulnerado el principio de legalidad. Si bien para algunos autores el aspecto de la legalidad relevante en este punto sería el mandato de determinación (KUHLEN, 2012), en mi opinión es en realidad el principio de reserva de ley o mandato de *lex propria* el que se ve implicado en un primer plano. Según este mandato, toda decisión relativa a la fundamentación y agravación de la pena, al igual que las reglas relativas a la aplicación e individualización de la pena, deben ser determinados por el legislador mediante una ley en sentido estricto (*i.e.* una ley aprobada siguiendo los trámites establecidos por la Constitución) (MONTIEL, 2016). La pregunta esencial en este punto es si las empresas con el dictado de sus programas de cumplimiento que precisan posiciones de garante, criterios de diligencia o el grupo de conductas prohibidas representan una excepción a la reserva de ley.³⁸ En definitiva, habría aquí una privatización del proceso legislativo: las empresas estarían completando la ley, así como en ciertos casos el Poder ejecutivo complementa una ley penal en blanco.³⁹

La respuesta a este interrogante va a estar indudablemente ligada al alcance que se le asigne al mandato de *lex propria* y a cómo se entienda que las autorregulaciones inciden en la delimitación de la conducta típica. En cierto modo, se presenta en este ámbito un problema equivalente al de las leyes penales en blanco, toda vez que habría una delegación legislativa hacia las empresas para que sean ellas las que precisan en detalle el ámbito de aplicación del tipo penal respectivo. Sin embargo, en este caso sucede algo distinto: las autorregulaciones no suponen en sentido estricto un complemento de la ley que permite definir la conducta punible, algo que sí sucede con las leyes penales en blanco. Más bien, las autorregulaciones aportan *criterios interpretativos* que aspiran a racionalizar la aplicación judicial de la ley. Ello significa que los criterios aportados por las

³⁸ En opinión de MONTANER FERNÁNDEZ (2013: 312-3), en relación a estos casos la doctrina dominante no presenta reparos de legalidad.

³⁹ Sobre esta cuestión, en detalle y con ulteriores referencias, cfr. MONTANER FERNÁNDEZ (2013:307-311).

autorregulaciones pueden servir al juez de orientador para resolver dilemas interpretativos, pero de ningún modo condicionan necesariamente su actividad, puesto que el aplicador queda en libertad de seguir o no lo regulado por las propias empresas. Dicho esto, los programas de cumplimiento empresariales no definen la conducta punible, sino que meramente aportan criterios para su interpretación. Siendo entonces que el principio de reserva de ley solamente exige la fijación de la conducta punible y de su pena (con independencia de cuál sea su contenido y su nivel de precisión)⁴⁰, que un juez considere una autorregulación para interpretar el alcance de un tipo penal no supone una infracción a la legalidad.

Ahora bien, que las autorregulaciones aporten simplemente un criterio interpretativo no debe leerse como un menosprecio al rol que desempeñan en la praxis judicial. Justamente en un contexto como el de los delitos de omisión impropia y de la imprudencia, donde se torna en muchos casos tan dificultoso saber cuándo alguien detentaba efectivamente un deber de impedir el acaecimiento de un resultado o cuándo se obró conforme a la diligencia debida, las autorregulaciones aportan certidumbre en la aplicación de estos delitos. Ellas racionalizan la decisión del juez, al mismo tiempo que son capaces de objetivizar los criterios que guían su interpretación. Desde esta perspectiva, la tarea (cuasi) legislativa de las empresas no sólo que no lesiona el principio de legalidad, sino que lo refuerza.

V. Conclusiones

Las reflexiones que fueron apareciendo a lo largo de este trabajo demuestran la necesidad de estudiar el fenómeno del *criminal compliance* como una materia *esencialmente interdisciplinaria*, pero que amerita un *tratamiento autónomo* en virtud de sus rasgos más sobresalientes. En este sentido, no debe perderse de vista que, al final de cuentas, el *criminal compliance* constituye una estrategia *primaria* de disuasión de la criminalidad, que cumple la función de complementar y mejorar el funcionamiento del Derecho penal. A partir de aquí son innumerables los desafíos que se le plantean a la denominada ciencia integral del Derecho penal.

⁴⁰ Ello es algo que incumbe al mandato de taxatividad.

En primer lugar, asignarle al *compliance* en el Derecho penal el lugar adecuado nos fuerza a repensar la figura del Estado como encargado de prevenir y reaccionar frente a la delincuencia. Al hacerse parte a las asociaciones en la implementación de estrategias preventivas, se produce un notable giro en la interpretación del rol del Estado, que trasciende la visión liberal (clásica) o social del Estado de Derecho.

En segundo lugar, como pudo verse en el último apartado ello trae consecuencias directas en una regla constitucional fundamental del Derecho penal, como lo es el principio de legalidad. La reconfiguración de los roles en la prevención del delito desencadena una amplificación de los instrumentos legales que permiten definir y precisar el alcance de los deberes reforzados penalmente. Ello obliga a replantear el rol de la ley y las limitaciones con las que puede remitirse a las autorregulaciones. Por este camino también se llega a otros puntos que no fueron alcanzados por el presente trabajo, como por ejemplo el alcance de las garantías del debido proceso en las investigaciones internas.

En tercer lugar, aparece con más fuerza que nunca en la discusión sobre la prevención del delito la idea de *eficiencia*. Esta palabra justifica inicialmente que el Estado incorpore como agente co-responsable de la prevención a las empresas, pues de otra manera sería imposible evitar la criminalidad empresarial o, en el mejor de los casos, debería invertir enormes sumas de dinero que no se acaban compensando con los beneficios de la prevención de este tipo de delincuencia. Además, la idea de eficiencia cala profundamente cuando se les exige a las empresas que sus programas de *compliance* funcionen *adecuadamente*⁴¹. Esto es: los programas de *compliance* deben ser idóneos para impedir delitos y para ello es necesario gestionar *eficientemente* los riesgos jurídico-penales. Sobre esta base cobra aún más sentido que todo sistema de *compliance* se apoye en un mapa de riesgos confiable.

A grandes rasgos, ésta es la escenografía que ha ofrecido el presente trabajo y que, en mi opinión, sirve también de "telón de fondo" para razonar otras numerosas cuestiones conceptuales que ofrece el *criminal compliance*. La dirección que empieza a tomar el nuevo panorama reformista que se abre paso en Latinoamérica en la lucha contra la corrupción

⁴¹ Siguiendo la terminología empleada por el Proyecto de Ley de responsabilidad de personas jurídicas por delitos contra la administración pública, presentado por el Poder Ejecutivo argentino.

nos ofrece motivos para vislumbrar una creciente presencia del fenómeno del *compliance*. La ley peruana de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo internacional incorpora interesantes consideraciones sobre la incidencia de los programas de cumplimiento en la fundamentación de la responsabilidad administrativa de entes colectivos. De manera similar, aunque con algunas deficiencias, el proyecto de ley enviado por el Poder ejecutivo argentino al Congreso para regular la responsabilidad penal de la persona jurídica en delitos contra la administración pública asigna relevancia a los sistemas de *compliance* para fundamentar la responsabilidad y determinar la pena aplicable. Por ello, vale la pena traer nuestra atención con especial seriedad y rigor científico para que tengamos una mejor legislación y una mejor implementación judicial.

Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. (2010) *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. Atelier, Barcelona.
- BLANCO, H. (2011) “La relación entre el Estado y los sujetos obligados en la nueva ley de lavado de activos”, en *Revista de Derecho penal y procesal penal*, volumen 11, año 2011. Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- BERMEJO, M. (2015) *Prevención y castigo del blanqueo de capitales*. Madrid *et. al.*, Marcial Pons.
- (2013) “Delincuencia empresarial: la regulación del informante interno (whistleblower) como estrategia político criminal”, en *Derecho penal*, volumen 4, año 2013, Buenos Aires, Infojus, pp. 49 y ss.
- BERMEJO, M. y PALERMO, O. (2013) “La intervención delictiva del *compliance officer*”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid *et. al.*, Marcial Pons, pp. 171 y ss.
- BITTMANN, F. y MOLKENBUR, J. (2009) “Private Ermittlungen, arbeitsrechtliche Aussagepflicht und strafprozessuales Schweigerecht”, en *wistra*, número 10, año 2009, pp. 373 y ss.
- BOCK, D. (2011) *Criminal Compliance*. Baden-Baden, Nomos.
- COCA VILA, I. (2013) “¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?”, en SILVA SÁNCHEZ, J. (ed.) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Barcelona, Atelier, pp. 43 y ss.

GARCÍA CAVERO, P. (2014) *Criminal compliance*. Lima, Palestra.

GARRET, B. (2016) "The Metamorphosis of Corporate Criminal Prosecutions", en *Virginia Law Review*, volumen 102, año 2016, Virginia, pp. 1 y ss.

GÓMEZ JARA-DÍEZ, C. (2016) "Tomarse la responsabilidad penal de las personas jurídicas en serio: la culpabilidad de las personas jurídicas", en *En Letra Penal*, número 2, Buenos Aires, pp. 24 y ss.

GÓMEZ MARTÍN, V. (2013) "Compliance y Derecho de los trabajadores", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al., Marcial Pons, pp. 125 y ss.

HEMPHILL, T. y CULLARI, F. (2009) *Corporate Governance Practices: A Proposed Policy Incentive Regime to Facilitate Internal Investigations and Self-Reporting of Criminal Activities*, en *Journal of Business Ethics*, volumen 87, año 2009, pp. 333 y ss.

JAHN, M. (2009), "Ermittlungen in Sachen Siemens/SEC", en *StV* (1) 2009, pp. 41 y ss.

JESCHECK, H. y WEIGEND, T. (1996) *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*. Berlín, 5ª edición.

KLINDT, T. (2006) "Nicht-börsliches Compliance-Management als zukünftige Aufgabe der Inhouse-Juristen", en *NJW* 2006, Múnich, C. H. Beck, pp. 3399 y s.

KNAUER, C. y BUHLMANN, E. (2010) "Grenzen der strafprozessualen Verwertbarkeit unternehmensinterner Ermittlungen", en *AnwBl* 2010, pp. 387 y ss.

KONU, M. (2014) *Die Garantenstellung des Compliance-Officers. Zugleich ein Beitrag zu den Rahmenbedingungen einer Compliance-Organisation*. Berlín, Duncker & Humblot.

KUDLICH, H. (2013) "¿Compliance mediante la punibilidad de asociaciones?", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al., Marcial Pons, pp. 283 y ss.

KUDLICH, H. y OGLAKCIOGLU, M. (2011) *Wirtschaftsstrafrecht*, Heidelberg et. al., C. F. Müller.

KUHLEN, L. (2013) "Cuestiones fundamentales de compliance y Derecho penal", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al., Marcial Pons, pp. 51 y ss.

MAROTO CALATAYUD, M. (2008) "Autorregulación y legitimidad corporativa: democracia interna y control social en partidos políticos y empresas", en ARROYO JIMÉNEZ, L. y NIETO

MARTÍN, A. (dirs.), *Autorregulación y sanciones*. Valladolid, Lex Nova, pp. 168 y ss.

MATHEWS, A. (1984) “Internal Corporate Investigations”, en *Ohio State Law Journal*, volumen 45, año 1984, pp. 655 y ss.

MENGEL, A. (2010) “§ 12: Arbeitsrechtliche Implementierung und Durchsetzung von Compliance-Systemen und Ethikregeln im Unternehmen”, en HAUSCHKA, C. (ed.), *Corporate Compliance*. Múnich, C. H. Beck, 2ª ed.

MONTIEL, J. (2013) “Autolimpieza empresarial: *Compliance Programs*, investigaciones internas y neutralización de riegos penales”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid et. al., pp. 221 y ss.

— (2014) “Sentido y alcance de las investigaciones internas”, en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (eds.) *Responsabilidad de la empresa y Compliance*. BdeF, Montevideo/Buenos Aires, pp. 489 y ss.

— (2015) “Aspectos fundamentales de la responsabilidad penal del *Compliance Officer* en el Derecho Argentino”, en *Revista Argentina de Derecho penal y procesal penal*, volumen 17, Editores Argentina.

— (2016) “Estructuras analíticas del principio de legalidad”, en *Indret*, número 4, 2016, Barcelona, pp. 1 y ss.

MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2008) *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona, Atelier.

— (2013) “La autorregulación normativa en el Derecho penal ambiental: problemas desde la perspectiva del principio de legalidad”, en *La crisis del principio de legalidad en el actual Derecho penal: ¿crisis o evolución?* Madrid et. al., Marcial Pons, pp. 289 y ss.

NESTLER, N. (2013) “Internal Investigations: Definition und rechtstatsächliche Erkenntnisse zu internen Ermittlung in Unternehmen”, en KNIERIM, T., RÜBENSTAHL, M. y TSAMBIKAKIS, M. (eds.), *Internal Investigations. Ermittlungen im Unternehmen*. Heidelberg et. al., C. F. Müller, pp. 3 y ss.

PRITTWITZ, C. (2013) “La posición de garantía (en especial, posición de garante) de los *Compliance Officers*”, en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al., Marcial Pons, pp. 207 y ss.

RAGUÉS I VALLÈS, R. (2013) "Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa", en SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*. Atelier, Barcelona, pp. 161 y ss.

— (2014) "El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo", en MIR PUIG, S., CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (eds.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance*. Montevideo/Buenos Aires.

RATHGEBER, C. (2012) *Criminal Compliance. Kriminalpräventive Organisations- und Aufsichtspflichten am Beispiel der Wirtschaftskorruption*. Baden-Baden, Nomos.

ROBLES PLANAS, R. (2009) "El 'hecho propio' de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008", en *Indret*, número 2, año, 2009, Barcelona, pp. 1 y ss.

— (2013) "El responsable de cumplimiento («Compliance officer») ante el Derecho penal", en SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.) *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 319 y ss.

ROTSCH, T. (2012a) "Criminal Compliance", en *Indret*, número 1, Barcelona, pp. 4 y s.

— (2012b) "Compliance", en ACHENBACH/RANSIEK (eds.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 3^o ed., Heidelberg et. al., C. F. Müller.

ROXIN, I. (2012) "Probleme und Strategien der Compliance-Begleitung in Unternehmen", en *StV*, número 2, 2012, pp. 116 y ss.

SACCANI, R. (2012) *Tratado de auditoría forense*. Buenos Aires, La Ley, tomo II

SAHAN, O. (2013) "Investigaciones empresariales internas desde la perspectiva del abogado", en KUHLEN, L., MONTIEL, J. y ORTÍZ DE URBINA GIMENO, Í. (eds.) *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid et. al., 2013, pp. 245 y ss.

SARRABAYROUSE, E. (2014) "La evolución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la Argentina. Balance y perspectivas", en AA.VV. *Procedimiento operativos estandarizados y responsabilidad penal de la persona jurídica*. Madrid, Dykinson, pp. 331 y ss.

SIEBER, U. (2011) "Programas de Compliance en el Derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad de empresa", en URQUIZO OLAECHEA, J., ABANTO VÁSQUEZ, M. y SALAZAR SÁNCHEZ, N. (coords.) *Homenaje a Klaus Tiedemann*, Lima, 2011.

SILVA SÁNCHEZ, J. (2013) “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en SILVA SÁNCHEZ, J. (dir.) *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacción corporativas*. Barcelona, Atelier, pp. 15 y ss.

TIEDEMANN, K. (1988) “Die Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”, en *NJW*, año 1998, pp. 1169 y ss.

TÖDTMANN, U. y KALUZA, A. (2012) “Arbeitsrechtliche Compliance Verpflichtungen”, en MASCHMANN, v. F., SIEG, R. y GÖPFERT, B. (eds.) *Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht-Handbuch*. Múnich, C. H. Beck.

WARNEKE, N. (2010) “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, en *NStW*, número 6, año 2010, pp. 312 y ss.

YACOBUCCI, G. (2002) “La responsabilidad al interno de la empresa. La delegación de funciones”, pp. 9 y ss. Consultado en [<http://www.infojus.gob.ar/guillermo-jorge-yacobucci-responsabilidad-al-interno-empresa-delegacion-funciones-dacf020040-2002/123456789-0abc-defg0400-20fcanirtcod>] el 4.10.2015.