

ALEJANDRO TURIENZO FERNÁNDEZ

**LA RESPONSABILIDAD PENAL
DEL *COMPLIANCE OFFICER***

Prólogos de
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno
Joan Josep Queralt Jiménez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2021

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS	15
PRÓLOGO , por <i>Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	19
PRÓLOGO , por <i>Joan Josep Queralt Jiménez</i>	23
NOTA PREVIA	27
INTRODUCCIÓN	29
CAPÍTULO I. LA FIGURA DEL COMPLIANCE OFFICER	35
1. ORÍGENES DEL COMPLIANCE OFFICER	35
1.1. Estados Unidos	35
1.2. Precedentes internacionales.....	39
1.3. Europa	40
1.4. España	41
2. DESCRIPCIÓN GENÉRICA DE LAS FUNCIONES DEL COMPLIANCE OFFICER	43
3. PRINCIPIOS RECTORES QUE GUÍAN LA LABOR DEL COMPLIANCE OFFICER	44
3.1. Independencia.....	44
3.2. Neutralidad	45
3.3. Autonomía.....	46
3.4. Integridad.....	46
4. UNA CONFUSIÓN FRECUENTE: COMPLIANCE OFFICER Y ORGANISMO DI VIGILANZA	47

	Pág.
CAPÍTULO II. EL FENÓMENO DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO.....	55
1. <i>STAKEHOLDERS, STOCKHOLDERS</i> Y DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES.....	55
2. LA RESPONSABILIDAD DEL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO.....	57
3. EL ESTABLECIMIENTO DE UN SISTEMA DE GESTIÓN DE CUMPLIMIENTO EN LA EMPRESA.....	60
4. EL MECANISMO DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS EMPLEADO POR EL ÓRGANO DE ADMINISTRACIÓN EN EL ÁMBITO DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO.....	64
5. REQUISITOS DE UNA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS JURÍDICAMENTE VÁLIDA.....	66
5.1. Indelegabilidad de determinadas funciones.....	67
5.2. Delegación en persona idónea y capaz.....	74
5.3. Dotación de la autonomía necesaria.....	78
5.4. Una exigencia innecesaria: la formalización de la delegación...	82
6. EFECTOS DE LA DELEGACIÓN DE COMPETENCIAS.....	83
7. LA EXTERNALIZACIÓN TOTAL O PARCIAL DE LA FUNCIÓN DE CUMPLIMIENTO.....	89
8. EL <i>COMPLIANCE OFFICER</i> COMO ENCARGADO DE LA EJECUCIÓN DE UNA FUNCIÓN.....	92
 CAPÍTULO III. FUNDAMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL <i>COMPLIANCE OFFICER</i>.....	 99
1. LA POSICIÓN DE GARANTE COMO EJE CENTRAL EN LA DOGMÁTICA DE LA COMISIÓN POR OMISIÓN: VISIÓN GENERAL.....	102
2. LA POSICIÓN DE GARANTE DEL <i>COMPLIANCE OFFICER</i> ...	110
2.1. Fuentes de la posición de garante del <i>compliance officer</i>	110
2.1.1. La legislación sectorial.....	110
2.1.2. La asunción contractual de competencias.....	112
2.1.3. La injerencia.....	118
2.2. Clase de posición de garante ocupada por el <i>compliance officer</i>	121
2.2.1. El <i>compliance officer</i> como garante de protección.....	121
2.2.2. El <i>compliance officer</i> como garante de supervisión.....	130
2.2.3. ¿Posición de garante en virtud de una competencia institucional? A propósito del fenómeno de la autorregulación regulada.....	149

	Pág.
3. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN POR OMISIÓN: EXPOSICIÓN GENERAL Y ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRINCIPALES PROPUESTAS DE DELIMITACIÓN	157
3.1. La teoría de los delitos de infracción de deber	158
3.2. La teoría del dominio del hecho.....	159
3.3. La teoría diferenciadora en función de la clase de posición de garante ocupada	161
3.4. Toma de postura.....	163
3.4.1. El criterio de la equivalencia axiológica y estructural como clave de bóveda en la delimitación de la autoría y la participación omisivas	163
3.4.2. La participación omisiva como título de responsabilidad penal apreciable frente a eventuales restricciones en sede de autoría por omisión	166
4. LA SITUACIÓN TÍPICA.....	168
5. FALTA DE ADOPCIÓN DE LA ACCIÓN DEBIDA Y CAPACIDAD DE REALIZARLA	169
6. PRODUCCIÓN DEL RESULTADO LESIVO.....	173
7. IMPUTACIÓN JURÍDICA DEL RESULTADO LESIVO: LA CAUSALIDAD HIPOTÉTICA	174
8. DOLO O IMPRUDENCIA	178
8.1. Comisión por omisión dolosa.....	178
8.2. Comisión por omisión imprudente	179
8.2.1. La distinción entre deber objetivo de cuidado y regla técnica.....	180
8.2.2. La interrelación entre deberes de garante y deberes de cuidado	182
8.2.3. La estructura de la comisión por omisión imprudente.	188
CAPÍTULO IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL POR OMISIÓN DEL COMPLIANCE OFFICER: BANCO DE CASOS	191
1. LA OMISIÓN DEL ADECUADO DISEÑO, IMPLEMENTACIÓN, GESTIÓN O ACTUALIZACIÓN DE LAS MEDIDAS DE COMPLIANCE DE NATURALEZA PREVENTIVA	191
1.1. Las medidas de vigilancia y control intraempresariales.....	191
1.1.1. El debido control a ejercer en el seno de la persona jurídica.....	191
1.1.2. La responsabilidad penal del <i>compliance officer</i> por la indebida operatividad de las medidas de vigilancia y control intraempresariales.....	193
1.2. Las medidas de vigilancia y control extraempresariales	201

	Pág.
1.2.1. Más allá de la estructura interna de la organización: el <i>third party compliance</i>	201
1.2.2. Los procedimientos de diligencia debida, las medidas correctivas y la sucesiva monitorización continua.....	208
1.2.3. La responsabilidad penal del <i>compliance officer</i> a propósito del <i>third party compliance</i>	209
1.3. Las medidas orientadas al fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa	215
1.3.1. ¿Qué debe entenderse por «cultura de cumplimiento»?	215
1.3.2. La cultura de cumplimiento como recurso para influir en la toma de decisiones éticas: la llegada del <i>behavioral compliance</i>	219
1.3.3. El papel desempeñado por el <i>compliance officer</i> en el fomento e integración de una cultura de cumplimiento en la empresa.....	230
2. LA OMISIÓN DE REPORTE DEL <i>COMPLIANCE OFFICER</i> SIN COMPETENCIAS EJECUTIVAS.....	236
2.1. La interacción comunicativa entre el <i>compliance officer</i> y el órgano de administración	236
2.2. El silencio comunicativo del <i>compliance officer</i>	237
2.3. ¿Cómo se origina la omisión de reporte del <i>compliance officer</i> ?.....	242
2.3.1. A partir del deficitario comportamiento del propio <i>compliance officer</i>	242
2.3.2. A partir del comportamiento de terceros pertenecientes a la estructura corporativa	246
2.4. ¿Autor mediato o partícipe? Depende.....	251
2.4.1. La solución de la autoría mediata	255
2.4.2. La solución de la participación	274
3. LA OMISIÓN DE LA EVITACIÓN DE LOS HECHOS DELICTIVOS POR EL <i>COMPLIANCE OFFICER</i> CON COMPETENCIAS EJECUTIVAS	278
4. LA OMISIÓN DE LA INTERPOSICIÓN DE UNA DENUNCIA EXTERNA ANTE LAS AUTORIDADES	282
4.1. La desatención de la denuncia interna cursada por el <i>compliance officer</i>	282
4.1.1. El órgano de administración ignorante (deliberado) y el <i>compliance officer</i> ignorado	282
4.1.2. La deficiente respuesta de los administradores frente a la denuncia interna promovida por el <i>compliance officer</i> , bien por preferir tolerar el ilícito penal ajeno,	

	Pág.
bien por haber intervenido directamente en el delito alertado.....	289
4.2. ¿Denunciar u omitir?.....	291
4.2.1. La denuncia del delito ante las autoridades y la protección del <i>compliance officer</i> por su condición de alertador.....	291
4.2.2. La falta de presentación de una denuncia ante las autoridades.....	293
4.3. Colisión de deberes: deber de denuncia <i>vs.</i> deber de confidencialidad.....	299
4.3.1. El <i>compliance officer</i> denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, difunde una información reservada etiquetada como secreto empresarial.....	301
4.3.2. El <i>compliance officer</i> denuncia ante las autoridades un delito susceptible de generar responsabilidad penal en la persona jurídica y, para ello, revela una información reservada perteneciente a la dimensión de intimidad de un tercero cuyos intereses han sido lesionados por el ilícito penal.....	303
CONCLUSIONES FINALES.....	317
JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.....	329
JURISPRUDENCIA EXTRANJERA.....	331
PRONUNCIAMIENTOS ADMINISTRATIVOS EXTRANJEROS.....	333
PONENCIAS.....	335
BIBLIOGRAFÍA.....	337

PRÓLOGO

¿Tiene sentido utilizar la Teoría jurídica del delito en la determinación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas? Probablemente, no. Por un lado, las diferencias de partida (si se prefiere, y porque lo son: ontológicas) entre personas físicas y entes colectivos son tan grandes que, por mucha equivalencia funcional que se ensaye, impiden hablar con rigor siquiera aproximado de «acción» y «culpabilidad» en el sentido que estos conceptos han venido teniendo y tienen en la Teoría jurídica del delito. Por otro, en la/las categorías restantes (tipo global de injusto, o tipicidad y antijuridicidad), la ausencia de neuronas en los entes colectivos y la consiguiente incapacidad de formación de estados mentales, entre ellos la cognición, obliga a reducir las diversas formas de imputación subjetiva a una sola: la imprudencia sin representación. Antes que una aplicación que ni siquiera llega a demediada de la Teoría jurídica del delito, puede ser útil recordar que esta no es una teoría descriptiva que refleje una (siempre supuesta) esencia de la responsabilidad penal, sino una teoría prescriptiva que pretende guiar la labor del aplicador explicitando requisitos que se entienden imprescindibles para la justa atribución de responsabilidad. Y, con este punto de partida, decidir qué criterios, de entre los de la Teoría jurídica del delito al uso u otros, son los que han de aplicarse a los entes colectivos. Es bien posible que, una vez consideradas las garantías constitucionales que debe cumplir toda regulación sancionadora tanto para personas físicas como jurídicas, de la Teoría jurídica del delito solo resulte oportuno rescatar el error de prohibición, entendido no como estado de errónea representación (conceptualmente imposible), sino como objetiva posibilidad razonable de conocimiento por quienes deciden por el ente.

Muy distinto es el caso de la responsabilidad de las personas físicas. La falta de agencia propia en los entes colectivos hace que el control de su actuación pase necesariamente por el de la conducta de las personas físicas que actúan para ellos, y este se ve dificultado por la existencia de una asimetría informativa de carácter estructural entre estos entes y el sistema de justicia penal. La responsabilidad del ente es así el punto intermedio de un camino político-criminal en el que, partiendo del objetivo de control de la conducta de quienes deciden o actúan por él, y dado que este control puede resultar más o menos obstaculizado según su grado de opacidad, se generan incentivos para que el ente reduzca

su grado de opacidad y se disocie de la eventual conducta ilícita de las personas físicas. La responsabilidad de estas últimas, sin embargo, es netamente individual, y no se ve motivo por el que deba seguir reglas distintas de las que se consideran axiológicamente adecuadas en otros ámbitos, razón por la cual no resulta oportuna una aplicación diferenciada a estos supuestos de las reglas de imputación condensadas en la Teoría jurídica del delito.

En el anterior contexto se encuadra la excelente monografía de Alejandro Turienzo Fernández sobre la responsabilidad penal del agente de cumplimiento o compliance officer, que tengo el gusto de prologar. Hace apenas una década la figura del compliance officer (CO) era una perfecta desconocida en nuestro entorno penal, como evidenciaban incluso las dificultades —ya vencidas— a la hora de pronunciar la primera parte de su denominación. La situación cambió drásticamente con la llegada de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su reverso, la exclusión por cumplimiento normativo, que propiciaron una plétora de planteamientos sobre la figura y su tratamiento jurídico-penal. Sin embargo, todavía hoy subsiste un elevado grado de inseguridad sobre cuál deba ser tal tratamiento, lo que se indicia ya por la pluralidad de traducciones/denominaciones que recibe la figura («agente», «oficial», «encargado» o «responsable de cumplimiento», por citar algunas, en orden ascendente de rigor punitivo).

La postura del Dr. Turienzo sobre la responsabilidad penal del CO puede resumirse con un asertivo «depende», donde la dependencia se predica tanto del tipo concreto de CO (y por tanto de sus funciones) como de las específicas circunstancias en las que este se vea involucrado. Con este punto de partida, en el primer capítulo de la obra que sigue se examinan las diferentes configuraciones de la figura del CO hasta el momento, tanto desde una perspectiva teórica como, sobre todo, en la praxis comparada. El análisis de la figura continúa en un segundo capítulo en el que la figura del CO se acerca al ámbito de lo penal mediante el estudio de la delegación de funciones en materia de cumplimiento normativo. El tercer capítulo entra de lleno en materia jurídico-penal con el análisis de los fundamentos de la responsabilidad penal por omisión del CO, el punto crítico de la cuestión, preparando el terreno para el más largo y final capítulo cuarto. En este último, de la mano de un análisis de constelaciones de casos que incluyen la consideración diferenciada de los distintos tipos de CO en la praxis, se ofrecen concretas propuestas de solución, basadas en la mejor teoría, pero sin perder de vista la plausibilidad práctica: un gran broche para una obra que por su calidad resulta de obligada referencia para cualquier persona interesada en la materia desde el punto de vista teórico, el práctico, o ambos.

La obra de Alejandro Turienzo se une a una ya larga tradición, en ocasiones denominada «dogmática aplicada», que demuestra con los hechos la fecundidad (y, en mi opinión, imbatibilidad) de la Teoría jurídica del delito de cuño e influencia germánicas para la resolución de problemas reales de interpretación y aplicación del Derecho. Alejandro, un estudiante distinguido y vorazmente

preguntón en mis clases de Grado en la Universitat Pompeu Fabra, nunca albergó dudas al respecto. Ya en la primera conversación en la que me mostró su interés por escribir una tesis doctoral, y antes de poder decirle que era importante que aprendiera alemán, Alejandro se adelantó diciéndome que («por supuesto»), pensaba hacerlo. El mismo entusiasmo y la misma efectividad ha mostrado desde entonces a la hora de dotarse del utillaje conceptual necesario para concluir la excelente tesis doctoral que se halla en el origen de este libro y sentar las bases intelectuales para el resto de su carrera académica. Alejandro forma parte de una interesante generación de penalistas de habla hispana que creen que la elaboración jurídico-penal se beneficia de la adopción de un enfoque mixto, basado fundamentalmente en la Teoría jurídica del delito pero que participa también de la atención prestada a la filosofía contemporánea y a algunos desarrollos científico-sociales por la mejor doctrina angloamericana. Creo que están en lo cierto y estoy seguro de que aprenderemos mucho de ellas y ellos en los próximos años. Y, como acredita este libro, también ya en estos.

Íñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO
Madrid, 4 de marzo de 2021

PRÓLOGO

Me cabe el gran placer de presentar la obra de Alejandro Turienzo, La responsabilidad penal del compliance officer. No es una obra menor, y no lo es por varias razones.

En primer lugar, el Dr. Turienzo ha enfrentado uno de los temas capitales del Derecho penal de la actualidad. Este tema capital es el de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, constructo al que siempre me he manifestado contrario y que, después del conveniente proyecto de investigación competitiva en el que Alejandro participó activamente, pues fue su becario institucional, sigo tan convencido como antes del sinsentido, incluso terminológico, de la expresión «responsabilidad de las personas jurídicas». Pero integrar una reducida minoría no hace mejor mi disidencia y no estamos convocados aquí a discutir esto.

Además, las normas son las que son. Pese a la paradoja de que gozamos de una de las mejores generaciones de juristas de la Historia, tanto las disposiciones legales como buena parte de la jurisprudencia no parecen hijas de esta edad de oro académica.

Por eso, en segundo término, la obra de Turienzo tiene valor propio. No solo ha enfocado un tema capital del actual panorama jurídico-penal, sino que lo hace desde la perspectiva, y no es obvio señalarlo, jurídico-penal. Abandona un enfoque más al uso empresarial, incluso empresarialista.

La razón estriba en que, con neutralidad y acaso por deformación profesional, los penalistas estudiamos las normas y las resoluciones que las aplican desde la neutralidad —teórica— de la dogmática jurídico-penal, sin tomar partido previo.

Pronunciarse, por ejemplo, en contra de la actual regulación de algunas de las estafas impropias o de la plasmación peculiar del error en el Código Penal, supone, de entrada, adoptar una postura dogmática respecto a la estafa y respecto a la relación dolo/error. Ni qué decir tiene que los planteamientos, como mínimo político-criminales, de cada autor influirán en el análisis y las conclusiones que se extraigan de los objetos de la investigación. Sin embargo, al abordar, reitero los ejemplos, la estafa impropia o el error, no se hace desde la perspectiva ni de los apriorismos del autor, ni de las víctimas ni de ningún grupo de interés, legítimo por supuesto.

Abordamos la corrección dogmática y político-criminal de la regulación de las estafas impropias, desde la perspectiva de la protección del patrimonio individual como un todo atacado mediante una defraudación. La atalaya del concepto de bien jurídico, y de ese en concreto, nos dará respuestas, y nuestro análisis nos permitirá exponer argumentos para esbozar y sostener una determinada concepción al respecto de la regulación. Lo mismo sucederá respecto de la regulación del error, tanto de tipo como de prohibición y su vencibilidad. Teorías más objetivistas, léase fundamentadas en la antijuricidad penal, o más psicologistas, como las basadas en el juicio personal de culpabilidad, nos proporcionan soluciones, sólidas y nada desdeñables, las compartamos o no.

En ambos análisis —y lo anterior se puede extender a todas las instituciones objeto de la teoría del delito— no se incluye más interés que la pureza de la argumentación intelectual.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y su epítome, el agente de cumplimiento, se enfocan tendencialmente desde la perspectiva usual de la exención de tal responsabilidad. En general, consciente o inconscientemente, penetramos en el terreno objeto de estudio y se busca por todos los medios obtener una absolución ante un eventual encausamiento de una persona jurídica. Dicho en román paladino: el enfoque del análisis de esta construcción se lleva a cabo, a diferencia de lo que sucede con las instituciones penales que constituyen nuestro tradicional objeto de interés, sesgadamente. Es decir, orientados hacia la obtención de la irresponsabilidad penal del ente corporativo.

Este planteamiento pro impunidad, entiéndase en sentido amplio, es ajeno, incluso, en el análisis de las causas de ausencia de antijuricidad y culpabilidad. Pues bien, Turienzo efectúa un análisis dogmático-jurídico, con amplia influencia de la doctrina del caso y del Derecho comparado, de la responsabilidad del agente de cumplimiento desde la neutralidad de la teoría del delito, sin parti pris.

No se trata de buscar ni punición ni impunidad. Se trata, mediante el estudio sistemático de casos —derivados de diferentes realidades institucionales que acontecen en el seno de las corporaciones—, de establecer qué elementos debe reunir una imputación de la responsabilidad penal al agente de cumplimiento o cuáles son los vehículos necesarios para abogar por su (ir)responsabilidad.

Esta ambivalencia, tendencial neutralmente, se hace, como no puede ser de otra manera, desde la teoría del delito. El Dr. Turienzo no se contenta con una exégesis más o menos intensa o detallada, sino que enfrenta las situaciones fácticas para desentrañar los elementos estructurales que sean susceptibles de ser incardinados en la dogmática penal, servata distantia, como se hace a la hora de determinar la imputación de las personas físicas.

Alejandro Turienzo nos ofrece su tesis, de la que el lector tiene en las manos, en una versión mejorada —en la medida requerida para su publicación, no

para la obtención del grado de doctor—. Con tesón, perseverancia y planificación, llevó a cabo su trabajo doctoral en el tiempo fijado por la beca de nuestro proyecto competitivo, cuatro años, igualmente todas las labores de apoyo que se le encomendaron, incluida la participación en los semanarios de investigación, así como la realización de estudios avanzados y comparados con nuestros colegas, el profesor Dr. Luis Greco (en la Universidad Humboldt de Berlín) y la profesora Dra. Jennifer Arlen de la NYU School of Law. La tesis, lógicamente, obtuvo la máxima calificación.

Por último, como no hay buena obra sin castigo, como otros jóvenes investigadores de su generación, Alejandro Turienzo ha pasado sin solución de continuidad de los máximos laureles académicos a la calle. El modelo universitario español, que nunca ha sido nada del otro mundo, más allá del ingente esfuerzo de sus sufridos habitantes, se ha superado a sí mismo en los últimos años.

En efecto, se selecciona a los mejores alumnos de licenciatura o grado para que inicien, con becas públicas, su trayectoria docente y, muy especialmente, investigadora. Se les exige un draconiano cumplimiento de plazos, tiempo en el que ellos mismos, sus directores y tutores, evaluadores externos y diversos cargos universitarios malgastan en rellenar formularios y aplicativos destinados a una virtual oficina siniestra en la que nadie entra, salvo para contar plazos y firmas, importando menos que un bledo el contenido de informes reglamentados hasta, casi, el número de puntos y comas.

Pues bien, después este cursus honorum que tiene más de pista americana para ingresar en la infantería de marina que de incentivo de promesas de excelencia, después de un tiempo inestimable, un puñado —que son millones— de euros se dilapidan con la mayor de las despreocupaciones: literalmente se tiran a la basura. No hay retorno de la inversión pública realizada. Ya no es escupir contra el viento, es simplemente irresponsabilidad en grado superior, que muestra una incapacidad estructural de hacer las cosas mínimamente bien.

A día de hoy, Turienzo, como otros centenares de colegas suyos, percibe el subsidio del paro, esperando una beca posdoctoral que le permita proseguir su carrera académica. En ese instante, esperamos que nada lejano, acabará por encontrar una salida acorde con las esperanzas que la academia y la financiación pública han puesto en él, en ellos.

Pero que esta amarga realidad no nos haga perder de vista lo importante: el lector tiene en sus manos un trabajo de primera línea, llamado a colmar lagunas, algo que otra bibliografía en este campo dista de satisfacer.

Joan Josep QUERALT JIMÉNEZ

En confinamiento municipal, Barcelona, 3 de febrero de 2021

NOTA PREVIA

La presente monografía tiene como origen el texto de la tesis doctoral que tuve ocasión de defender el día 7 de julio de 2020 en la Universidad de Barcelona ante un tribunal formado por los Profs. Dres. Juan Antonio Lascuráin, Sergi Cardenal y Vincenzo Militello. A todos ellos les agradezco sus útiles observaciones y sugerencias que, sin lugar a dudas, me han permitido dar una vuelta de tuerca más a diversas aristas problemáticas de mi investigación.

Aprovecho este espacio para expresar mi profunda gratitud a los codirectores de mi tesis doctoral, el Prof. Dr. Íñigo Ortiz de Urbina y el Prof. Dr. Joan Josep Queralt, por su constante guía y apoyo durante estos años. Hago extensiva mi gratitud a todos los miembros del Departamento de Derecho penal de la Universidad de Barcelona con quienes he tenido el privilegio de compartir tantos buenos momentos en lo personal y académico. Tampoco puedo dejar de mencionar a los profesores del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, donde me gradué en el año 2014, a la Prof. Dr. Jennifer Arlen, por permitirme realizar una estancia de investigación en la *NYU School of Law* bajo su dirección, y al Prof. Dr. Luis Greco, por abrirme las puertas de la Universidad Humboldt de Berlín.

Evidentemente, sin el amor y cariño desinteresados tanto de mi familia como de mis amigos esta aventura no hubiese sido igual. Mención aparte merecen mis padres, Pedro e Isabel, por recibir de ellos el empujón necesario para cumplir todas mis metas. Por último, quisiera darle mis más sinceras gracias a Noelia, mi pareja, quien, tras haber sufrido el proceso de redacción y lectura de mi tesis doctoral, se ha convertido en la enfermera que más sabe de *compliance* de España. Gracias por estar constantemente a mi lado y hacerme sentir una persona tremendamente afortunada: contigo todo siempre es mejor.

Alejandro TURIENZO FERNÁNDEZ
Barcelona, 29 de noviembre de 2020

INTRODUCCIÓN

Iniciemos este trabajo de investigación con un relato ambientado en un contexto posterior a la reforma operada en el Código Penal español por la LO 1/2015, de 30 de marzo¹:

Leo recibe inesperadamente una llamada del administrador de su compañía quien le solicita concertar una reunión. Sin saber a ciencia cierta con lo que se va encontrar, Leo acude al despacho de su superior jerárquico el día acordado. Allí es informado de que, debido a las modificaciones operadas en el articulado penal, la empresa necesita incorporar en su plantilla a alguien que asuma la responsabilidad de introducir y supervisar un sistema de gestión de cumplimiento orientado a prevenir la comisión de ilícitos penales en la organización. A la vista de sus consolidados conocimientos jurídicos, holgada experiencia en la empresa e intachable reputación, el administrador le expresa que ha concluido que quién mejor que él para desempeñar un puesto de tan alto prestigio. Los halagos recibidos, sumados al sustancial aumento salarial propuesto y a la asignación de un majestuoso despacho con unas preciosas vistas a la ciudad, propician que Leo no se lo piense dos veces y acepte sin rechistar la oferta de empleo. Leo pasa a ocupar, desde entonces, el puesto de compliance officer de su compañía.

Para dar lo mejor de sí en su nueva profesión, Leo comienza a acudir a diversas charlas sobre cumplimiento normativo así como a leer libros y artículos doctrinales especializados en la materia. Pero las conferencias y lecturas, lejos de brindarle una mayor seguridad y confianza, empiezan a angustiarse. Resulta que uno de los asuntos traídos a colación en repetidas ocasiones es el de la posible responsabilidad penal en la que podrían incurrir quienes, como él, desempeñan la función de compliance officer en caso de no impedir un delito de empresa perpetrado por otro. El temor de poder ser imputado en un proceso penal se intensifica aún más cuando recuerda que, un par de años atrás, su empresa sufrió graves problemas penales a causa del amaño de un concurso público a favor de la organización orquestado por el anterior director comercial

¹ Para la redacción del presente relato me he inspirado en aquel incluido al inicio del brillante artículo de LASCURAIN, «Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 301.

gracias a un soborno entregado al funcionario encargado del proceso de adjudicación. ¿Acaso Leo dispone de fundadas razones para que se le formen nudos en el estómago y se arrepienta de haber aceptado el puesto de compliance officer que ahora desempeña?

Quizá algunos de quienes actualmente ejerzan como CO en sus respectivas empresas se sientan identificados, en mayor o menor medida, con el protagonista de nuestra historia por haber experimentado una vivencia análoga a la descrita. Pues son muchos aquellos que han ido incorporándose en las plantillas de sus organizaciones en calidad de CO tras la superación en el año 2010 del principio *societas puniri non potest* y, concretamente, desde que el legislador español reconociese a mediados del año 2015 el valor eximente de los esfuerzos y la diligencia de la persona jurídica en aras del cumplimiento normativo².

Ocurre, tal como lo refleja el relato reproducido, que, hoy por hoy, una profunda preocupación asalta a este colectivo de profesionales. A saber, si, más allá de las sanciones disciplinarias anudadas a la infracción de las disposiciones de su contrato de trabajo, corren adicionalmente un serio riesgo de acabar entre rejas por ejercer indebidamente su trabajo. Y no tanto por haber cometido activamente ellos mismos un ilícito penal, lo que, desde luego, no arroja demasiadas dudas en términos de responsabilidad penal³, sino, antes bien, por haber omitido intervenir frente a la realización de un hecho punible por un tercero autorresponsable. Basta con echar un rápido vistazo a la creciente literatura científica especializada en la materia o a algunos de los más importantes eventos sobre cumplimiento normativo celebrados estos últimos años⁴ para percatarse de la importancia que este tema ha cosechado tanto en nuestro país como en otros⁵. Y realmente es sensato colegir que un asunto tan espinoso deba ser motivo de preocupación por el peligro de que a la larga se propicie en la *praxis* un efecto desaliento que desanime a ejercer o a seguir ejerciendo la profesión de CO por temor a las repercusiones jurídico-penales que puedan derivarse a pro-

² Lo mismo ha ocurrido en otros países con más amplia experiencia en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Sin ir más lejos, la *U.S. Bureau of Labor Statistics* publicó en mayo de 2017 que en Estados Unidos más 280.000 personas desempeñan el cargo de CO. Enlace: <https://www.bls.gov/oes/2017/may/oes131041.htm>.

³ En este sentido, BERMEJO/MONTIEL, «¿Compliance officers “tras las rejas”?», *Tratado de Compliance. Tomo II*, 2018, pp. 188-189.

⁴ Por ejemplo, el II Congreso Internacional de *Compliance* celebrado en Madrid los días 11 y de 12 de mayo de 2017 contó con un panel formado por reputados penalistas españoles en el que se abordó la trascendente cuestión de la responsabilidad penal del CO. Enlace: <https://www.asociacioncompliance.com/3103-2/>.

⁵ Por ejemplo, según el *DLPA Piper's 2018 Compliance & Risk Report* publicado en Estados Unidos en el año 2018, el riesgo de sufrir responsabilidad personal sigue siendo una de las crecientes preocupaciones de quienes desempeñan la labor de CO en este país. Enlace: <https://complianceurvey.dlapiper.com/>.

pósito de un incorrecto ejercicio de esta función⁶, muy especialmente si al final este grupo de profesionales acaba por ser (quizá injustamente) el foco de atención del Derecho penal, más incluso que el propio órgano de administración. Ante este posible panorama tan desafortunado, resulta preciso ofrecer una convincente exposición tanto de los presupuestos generales de la responsabilidad penal del CO como de los supuestos específicos en los que este puede acabar por incurrir en responsabilidad penal. Solo así podrá avanzarse hacia un justo y perfilado régimen de responsabilidad de dicho agente.

Así pues, la presente investigación persigue arrojar algo de luz a la cuestión relativa a sobre qué fundamento, cuándo y en qué medida responde penalmente (principalmente por omisión) el CO. Ocurre, sin embargo, que, nada más empezar a transitar la senda hacia la consecución de ese propósito, tropezamos con un importante óbice que complica significativamente las cosas: la inexistencia de un perfil homogéneo de CO. Sería desacertado pretender definir aquí de forma cerrada qué es exactamente un CO, como si cupiese identificar aquellas propiedades que moldean esta figura, y asumir esa definición como válida para el resto del trabajo. Podría decirse que su función, delegada respecto aquella desempeñada por el órgano de administración, es fundamental en la prevención, detección y reacción frente a un *numerus clausus* de delitos cuya comisión por alguno de los sujetos contemplados en el sistema de doble vía asentado en el art. 31 bis CP puede dar lugar a responsabilidad penal de la persona jurídica. E incluso cabría convenir que algunas de sus tareas más esenciales guardan relación con la confección, introducción, supervisión y actualización de medidas de vigilancia y control intraempresariales y extraempresariales, la gestión del canal de denuncias, la realización de investigaciones internas o el desempeño de un rol promotor de una cultura de cumplimiento. Pero lo cierto es que todavía carecemos de un estatuto jurídico que delimite con exactitud cuáles son sus competencias o incompatibilidades^{7,8}, a excepción de aquellos sectores regulados que

⁶ Describe el efecto desaliento extendido entre los CO del sector financiero norteamericano fruto de los distintos procedimientos sancionadores incoados en estos últimos años contra este grupo de profesionales por organismos tales como la SEC o la FINRA, GOLUMBIC, «The Big Chill: Personal Liability and the Targeting of Financial Sector Compliance Officers», *Hastings Law Journal*, vol. 69, 2017, pp. 81 y ss.

⁷ Lo destacan, entre otros, LASCURAÍN, «Salvar al oficial Ryan...», p. 303; MONTANER, «El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones», *EPC*, vol. 35, 2015, p. 773; LIÑÁN LAFUENTE, *La responsabilidad penal del compliance officer*, 2019, p. 17; BLANC LÓPEZ, *La responsabilidad penal del compliance officer*, 2017, pp. 234-235.

⁸ CUMPLEN publicó un Estatuto profesional del CO en abril de 2015. No obstante, su valor es meramente consultivo y su vinculatoriedad nula debido a su origen privado. Enlace: <http://www.cumplen.com/recursos/archivos/Estatuto-Profesional-del-Compliance-2.pdf>. Otro intento en el sector privado de asentar las bases de la profesión del CO fue el «Libro Blanco sobre la función de *compliance*» difundido por ASCOM en marzo de 2017. Enlace: <http://www.asociacioncompliance.com/Ascom/wp-content/uploads/2017/04/Libro-Blanco-Compliance-ASCOM.pdf>.

ofrecen pautas sobre cómo ha de ser entendida la función de cumplimiento, como el bancario o el de seguros.

Lo anterior nos obliga a adoptar una aproximación tópica⁹ en este estudio. Es decir, no se trata de examinar la responsabilidad penal de «el» CO sino de analizarla con arreglo a cómo haya sido configurada esta función en la situación concreta, atendiendo al perfil encarnado y a las específicas competencias anudadas a su rol, cuestión esta que dependerá enormemente de las características de la empresa (tamaño, estructura, línea de negocio, etc.). Y ello sin perjuicio de que quepa localizar competencias básicas o comunes que suelen alcanzar a todo CO, sea cual sea el modo en que haya sido configurado. Por tanto, en vez de partir de un único perfil de CO, estimo conveniente tener presente la siguiente tríada de distinciones dicotómicas: 1) en atención a las facultades materiales otorgadas: CO sin competencias ejecutivas (competencias de mando y/o sanción) limitado al reporte de hechos antijurídicos al órgano de administración o CO con competencias ejecutivas encargado de evitar delitos de empresa; 2) según su vinculación con la organización: CO interno o CO externo (parcial o completamente), y 3) con arreglo al número de responsables de cumplimiento normativo integrados en la empresa: CO individual u órgano colegiado de cumplimiento. Por razones de extensión, de las distinciones hechas, serán las dos primeras aquellas que serán consideradas en este trabajo allá donde proceda.

Por otro lado, debido a la (relativa) novedad de la materia, el enfoque del presente trabajo tendrá que ser eminentemente prospectivo. A causa de la falta de precedentes judiciales en nuestro país que nos sirvan a modo de banco de casos a tener en cuenta a efectos de análisis, nos vemos obligados a plantear una serie de supuestos que tal vez puedan llegar a darse algún día en la *praxis* y en los que se vendrá discutir si cabe apreciar o no una hipotética responsabilidad penal del CO. Algo así en nada obsta para que recurramos de forma puntual a supuestos reales ocurridos en otros ordenamientos jurídicos (particularmente el norteamericano) en un claro gesto retrospectivo.

Queda patente, por tanto, que este estudio aspira a ser una investigación de dogmática aplicada de base predominantemente inductiva. Las próximas páginas lidian con la necesidad de examinar la plétora de problemas teóricos radicados tras un concreto problema práctico real y de rabiosa actualidad por medio de un arsenal de herramientas válidas para estos fines, siendo la principal el utensilio analítico por excelencia de los dogmáticos del Derecho penal: la teoría jurídica del delito. Sin embargo, también acudimos a la jurisprudencia y a la legislación para reforzar nuestros razonamientos. Del

⁹ DOPICO, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica», *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, 2014, p. 341.

mismo modo, dado el carácter multidisciplinar de la materia, hacemos uso de otras ramas jurídicas que trascienden de la estricta esfera penal, como el Derecho mercantil o el Derecho laboral. Igualmente, se recurre en determinados epígrafes a otras disciplinas extrajurídicas como, por ejemplo, la ética del comportamiento o la pragmática lingüística. Con tal de enriquecer el texto se ofrece a lo largo de este estudio, por lo demás, una perspectiva comparada con contextos jurídicos extranjeros, como el estadounidense, alemán, italiano y latinoamericano (Chile, Perú y Argentina), entre otros. Todo ello a fin de investigar y escribir desde el problema para contribuir a resolverlo¹⁰. En atención a este objetivo, se ha optado por dividir esta obra en cuatro capítulos, sin contar la presente introducción y las conclusiones finales que se aportan al término del trabajo:

En el primer capítulo describo de forma sucinta los orígenes de la figura del CO en Estados Unidos, el panorama internacional, el contexto europeo y España, los esenciales cometidos que suelen asignársele, los principios que presiden su actuación en la organización (independencia, neutralidad, autonomía e integridad), así como su frecuente confusión y necesaria delimitación con el OdV de raíces italianas, con todos los problemas que ello ha arrojado en nuestro país.

A continuación, en el segundo capítulo me ocupo de estudiar el fenómeno de la delegación de competencias en el marco del cumplimiento normativo. Como, según se tendrá ocasión de justificar, la posición de deber del CO es dable concebirla como delegada respecto a la del órgano de administración, hace falta analizar de qué se responsabiliza originariamente este último, cuáles son los requisitos de una delegación de competencias válida y los efectos jurídicos que se derivan de ella. También en esta sección se resuelven otras cuestiones específicas sobre la externalización total o parcial de la función de *compliance*. Igualmente, es motivo de examen la opinión de un sector doctrinal que define la relación entablada entre el órgano de administración y el CO como un encargo de la ejecución de una función en lugar de como una delegación de competencias.

Seguidamente, enumero y entro a examinar en el tercer capítulo cada uno de los presupuestos tanto objetivos como subjetivos necesarios para articular una responsabilidad penal en comisión por omisión, prestando especial atención a lo que ha venido a considerarse por la dogmática su eje central: la ocupación y ulterior quebrantamiento de una posición de garantía. Solo mediante un adecuado examen y desarrollo estaremos en condiciones de comprobar su concurrencia en el caso concreto del CO para así poder

¹⁰ Con estas palabras se refería SÁNCHEZ-OSTIZ, «La aproximación del Derecho penal contemporáneo, veinte años después: los fines del Derecho penal», *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, 2010, p. 22, al método realista que preside la excepcional obra de SILVA SÁNCHEZ, «Aproximación al Derecho penal contemporáneo».

fundamentar satisfactoriamente si cabe o no barajar en este agente una responsabilidad criminal de dicha naturaleza.

Para terminar, me encargo de analizar en el cuarto y último capítulo un abanico de casos ubicados en diferentes estadios del proceso de trabajo del CO en los que cabría llegar a plantearse una hipotética responsabilidad penal por omisión de este agente. Concretamente, centro mis esfuerzos en examinar los siguientes: la omisión del adecuado diseño, implementación, gestión o actualización de las medidas de *compliance* de naturaleza preventiva (en concreto, las medidas de vigilancia y control intra y extraempresariales así como las de fomento de una cultura de cumplimiento); la omisión de reporte al órgano de administración, por lo que toca al CO sin competencias ejecutivas; la no evitación de conductas antijurídicas cometidas por terceros autorresponsables, por lo que concierne al CO con competencias ejecutivas; y, finalmente, la falta de interposición de una denuncia externa ante las autoridades.

CAPÍTULO I

LA FIGURA DEL *COMPLIANCE OFFICER*

Salta a la vista que, con miras a analizar adecuadamente la responsabilidad penal por omisión del CO, antes de nada, hace falta definir qué hemos de entender por tal. Al comienzo del presente trabajo ya proporcionamos algunas notas introductorias sobre la labor desempeñada por el CO y pusimos de relieve cuán importante es adoptar en esta sede una aproximación tópica atenta a las diferentes formas en las que semejante función puede llegar a ser configurada en el seno de la empresa. En este primer capítulo lo que se persigue es ofrecer una explicación algo más detallada sobre algunos aspectos particulares de dicha figura tales como sus orígenes, funciones y principios de actuación así como incidir en su necesaria delimitación con el OdV gestado en el contexto italiano. Este desarrollo contribuirá a una mejor comprensión del problema que ocupa esta obra y permitirá situarnos en una posición suficientemente óptima como para poder abordar luego su dimensión penal.

1. ORÍGENES DEL *COMPLIANCE OFFICER*

1.1. Estados Unidos

El CO proviene del mundo anglosajón y singularmente del contexto social y político norteamericano. El ordenamiento jurídico de Estados Unidos es, de hecho, uno de los que, con diferencia, más tiempo lleva admitiendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fue en el año 1909 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos reconoció por primera vez la *corporate criminal liability* en su histórica sentencia *New York Central & Hudson River Railroad co. v. United States* 212 US 481 (1909) a pesar de los incipientes pasos dados ya en el siglo XIX tanto por el legislador como por los tribunales estadounidenses¹.

¹ Véase ORTIZ DE URBINA, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: *The American Way*», *Responsabilidad de la empresa y compliance*, 2014, p. 41.

Empero, la gestación de los CMS y del CO no tuvo lugar hasta 1977. Fue en ese año, a modo de reacción frente al escándalo Watergate y a propósito del descubrimiento de numerosos casos de corrupción pública internacional gracias a las investigaciones practicadas por la SEC a lo largo de los años setenta, cuando el Congreso de Estados Unidos, bajo la presidencia del demócrata Jimmy Carter, impulsó la aprobación de la denominada FCPA, pese a las discrepancias y complejas problemáticas brotadas durante su tramitación². La FCPA es una pionera ley federal, aún hoy en día vigente, que prohíbe a las compañías vinculadas con Estados Unidos así como a sus directivos, oficiales, empleados, accionistas y terceras partes (agentes comerciales, distribuidores, etc.) ofrecer, pagar, prometer o autorizar el pago de sobornos a funcionarios públicos extranjeros a fin de que les auxilien a obtener o preservar de manera indebida actividades de negocio. Paralelamente, dicha legislación demanda a las empresas afectadas por sus disposiciones la introducción de sistemas tanto de control interno como de transparencia contable basados en la preparación y conservación de libros, registros y contabilidad que pongan de manifiesto, en razonable detalle y con cierta exactitud, las transacciones económicas ejecutadas³.

La FCPA fue objeto de revisión en noviembre de 1988 por medio de la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* aprobada por Ronald Reagan para, entre otras cosas, reconocer eximentes (*affirmative defenses*) a emplear por quienes recurren a pagos, regalos, ofertas o promesas autorizadas por normativas extranjeras o desembolsadas a modo de gastos razonables y de buena fe⁴. Nuevamente, en 1998 la FCPA sufrió otra modificación con tal de adaptarla a las disposiciones de la Convención Anticorrupción de la OCDE, lo que supuso una extensión tanto de la noción de funcionario público, englobando asimismo a aquellos que actúan en organismos públicos internacionales, como del alcance de la normativa más allá de las fronteras del país⁵, estableciendo, con ello, los puntos de conexión necesarios para su activación^{6,7}. Tiempo después, concretamente en el año 2012, la SEC —encargada de la vertiente civil de la FCPA— y el DOJ —responsable de la persecución

² Véase KOEHLER, «The Story of the Foreign Corrupt Practices Act», *Ohio State Law Journal*, vol. 73, núm. 5, 2012, *passim*.

³ Véase FCPA § 78m.

⁴ Véase EARLE, «Foreign Corrupt Practices Act Amendments: The Omnibus Trade and Competitiveness Acts Focus on Improving Investment Opportunities», *Cleveland State Law Review*, vol. 37, 1989, *passim*.

⁵ Es posible que la FCPA acabe por ser aplicada a empresas radicadas fuera del territorio estadounidense. Así ocurrió, por ejemplo, en el caso *Siemens*. De hecho, el número de persecuciones judiciales a empresas extranjeras por infracciones de la FCPA ha ido en aumento, lo que ha dado pie a hablar de un *enforcement* agresivo. En detalle, véase GARRETT, «Globalized Corporate Prosecutions», *Virginia Law Review*, vol. 97, núm. 8, 2011, pp. 1784 y ss., 1830 y ss.

⁶ Bastaría, por ejemplo, con que se hubiese enviado un correo electrónico o un mensaje de texto vinculados con el acto de corrupción desde, a través o hacia Estados Unidos para autorizar la aplicación de la FCPA.

(Véase nota 7 en página siguiente)