

EL CRIMINAL COMPLIANCE DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DELEGACIÓN DE FUNCIONES

Raquel Montaner Fernández* *

Profesora de Derecho penal
Universitat Pompeu Fabra

Resumen: En ausencia de regulación jurídica, la respuesta acerca de la posible responsabilidad penal del denominado *compliance officer* no es tarea sencilla. No obstante, en este trabajo se propone una solución desde la perspectiva de la denominada delegación de funciones en la empresa. Esta técnica organizativa se configura también como un criterio de atribución de responsabilidad penal individual en el marco de la criminalidad de empresa resultante de una mala gestión empresarial. En este escenario, el tratamiento penal del *compliance officer* no puede

Recibido: septiembre 2015. Aceptado: noviembre 2015

* Profesora de Derecho penal en la Universitat Pompeu Fabra (Barcelona). Acreditada como profesora Agregada (AQU). La redacción del presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad “La traslación de la teoría del delito al Derecho penal económico y de la empresa”. Referencia: DER2013-41252-P.

* Mi agradecimiento más sincero por la lectura previa y los comentarios críticos de este trabajo a mis compañeros: Ramon Ragués i Vallès, David Felip i Saborit y, especialmente, Íñigo Ortiz de Urbina.

realizarse sin atender previamente a las características de la estructura organizativa en la que desarrolla sus tareas. Y su posible responsabilidad por no evitar los delitos cometidos a partir de la actividad empresarial no puede plantearse sin atender al significado de su función principal. A saber: la supervisión del cumplimiento normativo en la empresa y, de ahí, la transmisión de información sobre riesgos normativos a la alta dirección.

Palabras clave: cumplimiento penal, empresa, delegación de funciones, deberes de control, posición de garantía.

Abstract: In the absence of legal regulation, addressing the question of the possible criminal responsibility of the so-called compliance officer is no easy task. This paper suggests a solution to this matter from the perspective of the delegation of functions within the company. This organizational technique is useful as a criterion for attributing individual criminal responsibility in the context of corporate criminal liability in cases of bad business management. In this scenario, before addressing the criminal treatment of the compliance officer we have to previously attend to the characteristics of the organizational structure in which she carries out his functions. And in order to address his possible responsibility for failing to avoid crimes committed in the context of the business activity we have to deal first with the meaning of his main function, namely, the monitoring of compliance in the company and, hence, the transmission of information about non-compliance risks to the top management.

Keywords: criminal compliance, company, delegation of functions, controls duties, position of guarantee.

Sumario: I. Introducción; II. La delegación de funciones. 2.1. Características fundamentales de la delegación; 2.2. Efectos de la delegación: distinción entre la delegación de competencias y la “delegación” de la ejecución de una función. III. El *Compliance Officer* en el marco de la alta dirección de la empresa. 3.1. Los principales competentes en materia de cumplimiento; 3.2. Es el *compliance officer* un delegado del empresario? IV. La posible responsabilidad penal de los principales competentes en *compliance* desde la perspectiva de la delegación. 4.1. El empresario o administrador de la empresa; 4.2. El encargado de cumplimiento o *compliance officer*. V. Algunas consideraciones finales. VI. Bibliografía.

I. Introducción

Un estudio acerca de las consecuencias penales de la delegación de funciones en el ámbito de la criminalidad de empresa no es algo novedoso. Tanto la jurisprudencia como, especialmente, la doctrina han ido recurriendo a la delegación de funciones o competencias como un criterio para la delimitación de los ámbitos de responsabilidad de los sujetos (personas físicas) intervinientes en supuestos de criminalidad de empresarial¹. La cuestión que aquí se plantea es si, más allá de la aún difícil tarea que supone la atribución de responsabilidad penal individual en estructuras organizativas complejas y basadas en la gestión descentralizada², la delegación puede incidir en la denominada cultura del cumplimiento o *compliance*³ y, en concreto, en el denominado cumplimiento penal o *criminal compliance*.

Desde una perspectiva empresarial u organizativa, con el término de cumplimiento o conformidad normativa se hace referencia a aquellas medidas que adopta una empresa para asegurarse de que se cumplan, en todos sus niveles y áreas de especialización, las reglas y normas que la vinculan, así como de que se descubran y, en su caso, se sancionen las infracciones⁴. Desde

-
- 1 Así, FEIJÓO SÁNCHEZ, B.: “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley penal*, núm. 40, 2007; recientemente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: “Lección V. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 166-167.
 - 2 Problemática, por cierto, aún existente más allá de la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también en el ordenamiento jurídico-penal español a partir de la LO 5/2010, de 22 de junio. Refiriéndose a la complejidad organizativa de la empresa y su modelo de gestión como factores de riesgo, entre otros, de la criminalidad de empresa, KÖLBEL, R.: “Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde”, en *FS-Schünemann*, Berlin, 2014, p. 779.
 - 3 Según ROTSCH, TH.: *Criminal Compliance*, Baden-Baden, 2015, el significado de *compliance* en el marco del Derecho se refiere a la actuación conforme al Derecho vigente, *vid.* p. 37; EL MISMO, “Criminal Compliance”, *InDret 1/2012*, p. 2.
 - 4 KUHLEN, L.: “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J.P./ORTIZ DE URBINA, I. (Eds.), *Compliance y teoría*

luego, el objetivo inmediato de una organización de tal estilo es lograr el cumplimiento de las normas —jurídicas o no— a través de medidas y procedimientos de control de origen privado⁵. Ahora bien, con ello, lo que verdaderamente se pretende es evitar sanciones, además de daños reputacionales para la empresa, sus miembros y sus órganos⁶. Se trata, en definitiva, de medidas estructurales encaminadas a la gestión, minimización y prevención de riesgos de incumplimiento normativo con la pretensión última de evitar posibles responsabilidades⁷. En este sentido, desde la doctrina se señala que el *compliance* no solamente debe ser entendido desde su carácter preventivo, sino también desde su carácter represivo⁸. Conviene advertir que, pese a que ahora el *compliance* esté jurídicamente de moda, no significa que lo que en esencia implica sea algo nuevo⁹. En efecto, las

del Derecho penal, Madrid, 2013, p. 51; en el mismo sentido, REICHERT, J.: “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglichweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *ZIS* 3/2011, señalando que actualmente el fenómeno *Compliance* se ha convertido en algo que afecta a cualquier tipo de sector o actividad empresarial, más allá del ámbito bancario y bursátil, *vid.* p. 114. Las reglas que deben cumplirse no solamente pueden ser las leyes formales, sino también estándares específicos del sector en cuestión o incluso declaraciones de principios, *vid.* ROTSCH, *Criminal Compliance*, ob. cit., pp. 39-40, p. 41.

- 5 En este sentido, ACHENBACH, H.: “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, *GA* 10/2004, se refiere a la privatización del control de la delincuencia económica, p. 559, pp. 573-574; también señalando que la propia estructura de *compliance* no sólo pretende el cumplimiento de determinadas normas, sino también la propia generación de procedimientos a tal efecto, MOMSEN, C.: “Der Compliance-Officer als Unterlassensgarant”, en *FS-Puppe*, Berlin, 2011, p. 754.
- 6 HAUSCHKA, CH. E.: *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin, 2010, p. 12.
- 7 HAUSCHKA, en *Corporate Compliance*, ob. cit., p. 4; LAMPERT, TH.: “Compliance-Organisation”, en *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin, 2010, p. 164.
- 8 *Vid.*, por todos, ROTSCH, TH.: “Criminal Compliance”, ACHENBACH, H./RANSIEK, A./RÖNNAU, TH. (Hrsg.), *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Heidelberg, 2015, pp. 76-77 y nota 149.
- 9 Al respecto, DOPICO GÓMEZ-ALLER, J.: “Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del deber de control”, en MIR PUIG, S./CORCOY

empresas, atendiendo al que sea su sector de especialidad, sus dimensiones y recursos, siempre han utilizado mecanismos para gestionar y prevenir los riesgos que de su actividad se generan. Sin embargo, sí es cierto que la organización en *compliance* ha desembocado en una extensión generalizada de la actividad de prevención de riesgos por parte de la empresa que ni el Derecho penal ni la Criminología pueden ya desatender¹⁰. Así pues, una organización de *compliance* también puede evaluarse desde una dimensión jurídico-penal, en tanto que a través de las medidas de cumplimiento implementadas se pretenda evitar la violación de normas reforzadas con pena¹¹.

Desde un punto de vista estructural, la incorporación óptima de medidas de *criminal compliance* en una empresa

BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, p. 339; LEHMANN, E. E.: “Corporate Governance, Compliance & Crime”, en ROTSCH, Th., *Wissenschaftliche und praktische Aspekte*, p. 44; NIETO MARTÍN, A.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008, pp. 216-218.

- 10 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Derecho penal regulatorio”, Editorial. *Indret* 2/2015, señala que la persona jurídica se ha convertido «en un delegado de prevención de los delitos que se cometan en su seno»; el mismo, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, p. 100; también, PRITZWITZ, C.: “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *Compliance Officers*”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J. P./ORTIZ DE URBINA, I., *Compliance y teoría del Derecho*, Madrid, 2013, señala que es el “Estado que ha coaccionado amablemente a las empresas a contratar *compliance officers* para investigar y evitar delitos”, pp. 211-212; también BUSSMANN, K.-D.: “Sozialisation in Unternehmen durch Compliance”, en *FS-Achenbach*, München, 2011, señalando que con el *compliance* se configura un nuevo discurso de la criminalidad económica y de la prevención en la empresa, siendo las empresas el elemento clave en el que denomina el proceso de socialización en la fidelidad a la norma en el Derecho penal económico, cfr. p. 63 y ss.
- 11 Es necesario advertir que, pese a la existencia de un fenómeno específico denominado *criminal compliance* o cumplimiento penal, el origen del *compliance* se sitúa fuera del Derecho penal. De modo que *compliance* no es un término coincidente con *criminal compliance*. Esta es otra de las cuestiones que, según ROTSCH, *Criminal Compliance*, ob. cit., pone de nuevo de manifiesto la accesoria del Derecho penal respecto de otros ámbitos jurídicos, *vid.* pp. 35-36; EL MISMO, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., pp. 60-65.

requiere un replanteamiento de la propia arquitectura organizativa y funcional. Con ello, en muchos casos y en la medida de sus posibilidades, las empresas crearán o bien una sección de cumplimiento, o un órgano colegiado independiente de cumplimiento o bien, por último, optarán por la configuración de un órgano matriz que agrupe todas las funciones de cumplimiento que ya se estaban desarrollando en la empresa¹². Además, harán partícipe a toda la organización empresarial —en términos clásicos, desde arriba hacia abajo— de las obligaciones y medidas de *compliance*, a través de la implementación del denominado programa de cumplimiento¹³. En este sentido, se ha señalado que lo que hace el cumplimiento penal «es precisar la organización interna de la empresa y resolver, en todo caso, un problema fundamentalmente de definición de límites»¹⁴. Por tanto, inicialmente tiene una dimensión similar a lo que es la división del trabajo, si bien con un enfoque más especializado.

Pues bien, el objetivo fundamental de este trabajo es analizar si a través de la delegación de funciones puede resolverse

- 12 En relación con los dos grandes modelos de configuración del cumplimiento en la empresa, NIETO MARTÍN, A.: “Lección VI. La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 193-196.
- 13 En cuanto a las características y contenidos principales de los programas de cumplimiento, *vid.* por ejemplo, ARTAZA VARELA, O.: “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid, 2014, pp. 239-265; COCA VILA, I.: “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona, 2013, p. 60 y ss.; NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, *ob. cit.*, p. 111 y ss. También, respecto a los pasos de implantación del sistema de *Compliance* en la empresa y de la formación de los trabajadores, BÜCKLE, J.: “Compliance-Beauftragte”, en HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance*, 2. Aufl., Berlin, 2010, p. 141 y ss.
- 14 GARCÍA CAVERO, P.: *Criminal Compliance*, Piura, 2014, p. 99. Sobre las diferentes facetas, si bien relacionadas, del concepto de *Compliance*, BOCK, D.: “Stand der strafrechtswissenschaftlichen Compliance-diskussion in Deutschland”, en ROTSCH, TH., *Wissenschaftliche und praktische Aspekte*, Baden-Baden, 2012, p. 63.

la trascendencia jurídico-penal de los comportamientos de los sujetos especialmente implicados en el *criminal compliance* empresarial. Un planteamiento de tal estilo puede abordarse desde dos perspectivas distintas, aunque relacionadas entre sí. La primera se construye sobre la base del siguiente interrogante: ¿La delegación de funciones afecta al denominado encargado u oficial de cumplimiento? A los efectos de responder a esta cuestión, y ubicándonos en el sector de la alta dirección de la empresa, se analizará si el encargado de cumplimiento o *compliance officer* es propiamente un delegado del administrador o empresario y, en su caso, cuáles son las consecuencias de su relación con la alta dirección en aras de su posible responsabilidad penal¹⁵. La segunda forma de abordaje consiste en plantearse cuál es la competencia del encargado de cumplimiento en los ámbitos en los que efectivamente opera la delegación, esto es, en los concretos sectores operativos o áreas de actividad empresarial. En este sentido, primero se incidirá en la cuestión de los posibles deberes de control del empresario respecto de la actividad del *compliance officer*. Tras ello, se atenderá a las posibilidades jurídicas de exigir responsabilidad penal al encargado de cumplimiento por (la no evitación de) los delitos que se cometan a través de la empresa.

De forma previa al análisis de estas cuestiones, resulta conveniente señalar las premisas que guían este estudio. *En primer lugar*, se parte de la responsabilidad penal individual en el marco de la delincuencia de empresa derivada de una mala gestión, si bien tratándose de actividades originariamente lícitas¹⁶.

15 Desde esta perspectiva, se hará referencia a la delegación en sentido vertical, esto es, la delegación desde la dirección de la empresa hacia sus colaboradores. *Vid.*, BÜRKLE, en *Corporate Compliance*, ob. cit., p. 140.

16 En esta medida, la atención se dirige hacia aquellas personas con competencias en el marco de la gestión empresarial, esto es, con capacidad para tomar decisiones respecto al devenir de la empresa o de una determinada área o sección de la misma. Esto supone que, por lo general, se haga referencia a los sujetos que conforman la dirección de la empresa. En este sentido, señala MANSDÖRFER, M.: “Die Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung

Es más, conviene advertir que el planteamiento de la responsabilidad penal de los artífices del *compliance* en la empresa se hace a propósito y solamente en relación con la denominada criminalidad de o a través de la empresa —como los supuestos de responsabilidad por productos defectuosos o por delitos medioambientales— y no respecto a la delincuencia que se comete en la empresa —como pueden ser los delitos societarios—¹⁷. Por otro lado, es verdad que, atendiendo al propio derecho positivo, la relevancia penal de la conformidad normativa se ha planteado principalmente a propósito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹⁸. Sin embargo, y precisamente porque esta

bei geheimen Abstimmungen”, en *FS-Frisch*, Berlin, 2013, que la responsabilidad de la dirección de la empresa normalmente se vincula con la toma de decisiones sobre la orientación de la actividad de la empresa, *vid.* p. 316. Y, en este sentido, su posible responsabilidad penal se plantea en relación con la comisión por omisión, *vid.* HERNÁNDEZ BASUALTO, H.: “Die Betriebsbezogenheit der Garantstellung von Leitungspersonen im Unternehmen”, en *FS-Frisch*, Berlin, 2013, p. 333.

- 17 Sobre la distinción entre criminalidad de empresa (*Unternehmenskriminalität*) y criminalidad en la empresa (*Betriebskriminalität*), SCHÜNEMANN, B.: “Strafrechtsdogmatische und kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, *Wistra* 1982, núm. 1982, pp. 41-42; también, en la doctrina española, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa*. PG, 4ª ed., Valencia, 2014, pp. 133-136.
- 18 En este sentido, *vid.* por ejemplo, BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Compliance y Derecho penal*, Cizur Menor, 2011, pp. 89-98; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./FEIJÓO SÁNCHEZ, B./ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2012, pp. 174-178, pp. 185-191, pp. 205-210; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, ob. cit., especialmente pp. 215-263; ORTIZ DE ÚRBINA GIMENO, I.: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance Programs»)”, en GOÑI SEIN, J. L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, 2011, pp. 126-131; EL MISMO: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. The American Way”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 35 y ss. con amplias referencias a la bibliografía norteamericana al respecto; SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona, 2013, pp. 30-32.

clase de responsabilidad sigue vinculándose con hechos cometidos por ciertas personas físicas que se integran en las jurídicas, en este trabajo sólo se atiende a las competencias de las personas físicas en materia de cumplimiento y a su posible eficacia penal¹⁹.

En segundo lugar, se toma como referencia la delincuencia generada en una estructura empresarial compleja y moderna, en la que se distinguen áreas de especialización y en la que las competencias de gestión están relativamente descentralizadas. Por tanto, normalmente estaremos ante grandes o medianas empresas. Es precisamente en esta clase de estructuras complejas en las que realmente tiene sentido cuestionarse la incidencia jurídico-penal del cumplimiento. Y es que son éstas las más idóneas para disponer de sistemas de *compliance* diferenciados del resto de métodos de prevención²⁰.

En tercer y último lugar, se analizan las consecuencias jurídico-penales de la intervención —normalmente omisiva— de sujetos autorresponsables con ámbitos de competencia propios, si bien interrelacionados con las esferas de responsabilidad

19 También insistiendo en la relevancia de los criterios de atribución de responsabilidad penal individual en casos de delincuencia económico-empresarial, GODENZI, G./WOHLERS, W.: “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?”, en CAVALLO, A. et al., *Liber amicorum für Andreas Donatsch*, Zürich, 2012, pp. 229-230. Ahora bien, es necesario poner de manifiesto que, por lo menos en lo que respecta al Derecho penal español, es cierto que la problemática real de la posible responsabilidad penal del compliance officer se ha planteado a raíz del reconocimiento legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el art. 31 bis CP. De este modo, y paradójicamente, la única fuente legal de la que se pueden extraer ciertos parámetros para delimitar la posible responsabilidad penal de una persona física es una norma prevista para determinar la responsabilidad de la persona jurídica.

20 Así, el último informe publicado por Price Waterhouse Coupers sobre la situación de *Compliance*, señala que las grandes empresas y aquellas que operan en sectores fuertemente regulados son las que más tienden a tener *Compliance Officers*, vid. “What it means to be a “chief” compliance officer: Today’s challenges, tomorrow’s opportunities”, *State of Compliance 2014*, pp. 7-8.

de otros miembros de la empresa. Así, aunque puedan existir deberes de vigilancia de unos sujetos sobre la actividad que realicen otros, estos deberes son limitados²¹. Con todo, para la concreción del ámbito de competencia materialmente vinculante de los sujetos que intervienen en la actividad empresarial resulta fundamental atender a la delegación de funciones.

II. La delegación de funciones

2.1. Características fundamentales de la delegación

La delegación es una técnica a través de la cual quien la acciona (*delegante*) tiene la posibilidad de “descargarse” de sus funciones y competencias iniciales traspasándolas o transfiriéndolas a otra persona (*delegado*)²². Con ella, tiene lugar una transformación de las esferas de responsabilidad individual tanto del sujeto delegante como del delegado.

La delegación de funciones empresariales no sólo puede realizarla el empresario o administrador de la empresa²³, sino también (y principalmente) personas en niveles inferiores a la alta dirección (direcciones técnicas u operativas de la organización empresarial). En todo caso, la delegación requiere que el delegante sea la persona competente —en sentido

21 En este sentido, se apunta que bajo el principio de autorresponsabilidad debe tenerse en cuenta que los deberes de vigilancia sobre otras personas solamente pueden admitirse atendiendo a estrictas condiciones, *vid.* SPRING, P.: “Die Garantenstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung”, *GA* 4/2010, p. 225.

22 En este mismo sentido, KONU, M.: *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, Berlin, 2014, p. 56. Siguiendo un criterio más amplio, en el sentido de reconocer el carácter liberador de la delegación para el delegante, DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009, p. 105 y ss.

23 Se parte aquí de la disociación entre la titularidad del factor capital y la titularidad de la función de gestión estratégica. Es precisamente desde esta última perspectiva que aquí se utiliza el concepto de empresario como el administrador o gestor general de la empresa.

formal y material— sobre aquello que constituya el objeto de la delegación²⁴.

Es necesario diferenciar la delegación de la transmisión de competencias. Mientras que una transmisión implica la desvinculación por parte del transmisor de aquello transmitido —y la correspondiente liberación de responsabilidad respecto a lo transmitido—, no ocurre lo mismo en los supuestos de delegación de funciones²⁵. Efectivamente, en la delegación se da a otra persona la jurisdicción, el poder o autoridad sobre algo propiedad de quien lo da, pero no se produce una enajenación. Simplemente se realiza un traspaso de responsabilidad que no supone, en todo caso, una exoneración de cualquier tipo de responsabilidad respecto a lo que ha sido delegado, sino cierta relajación de sus competencias. En definitiva: mediante la delegación, el delegante gestiona su ámbito de competencia y, como gestor, mantiene determinados deberes residuales²⁶. Lo relevante es que, tras la delegación, tanto las competencias del delegante como las competencias del delegado se desarrollan respecto del mismo ámbito de actividad. En tanto que aquí se plantea la incidencia de la delegación en el marco de la actividad empresarial de la que pueden derivarse riesgos para terceros, esto supondrá que tanto la función residual del delegante como la función principal del delegado están encaminadas, si bien en diferente medida, a la evitación de estos riesgos para terceros.

En cuanto a su objeto, no sólo son delegables competencias mecánicas o técnicas, sino también, y en lo que aquí interesa, funciones de vigilancia en la empresa²⁷. Como es sabido, y

24 Así, GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., p. 237.

25 En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, ob. cit., p. 307.

26 Vid. SCHMIDT-HUSSON, F. G.: “Delegation von Organpflichten”, en HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance*, 2. Aufl., Berlin, 2010, p. 121-122, p. 127.

27 Así, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, ob. cit., p. 103; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, ob. cit., pp. 308-309; también, distinguiendo entre si se trata de una delegación

desde la perspectiva de la gestión estratégica, uno de los titulares de esta clase de funciones en la empresa es el empresario o administrador.

2.2. Efectos de la delegación: distinción entre la delegación de competencias y la “delegación” de la ejecución de una función

Si bien existen otras clasificaciones que atienden a su validez, la principal, desde la perspectiva de sus efectos en los títulos de atribución de responsabilidad penal, es la que distingue entre la delegación de funciones o competencias en sentido estricto y la “delegación” de la ejecución de una función o, mejor, el encargo de la ejecución de una función.

En primer lugar, como ya se ha mencionado, la delegación de funciones en sentido estricto supone el traspaso de un determinado ámbito de competencia, hasta el momento de titularidad —formal y materialmente— del delegante, a quien sea la persona delegada. Y es con la delegación en sentido estricto con la que, siempre y cuando se traspase el dominio necesario²⁸, aparecen los efectos generales de la delegación de funciones. Esto es, por una parte, la constitución de una nueva posición de garantía en el delegado —atribución y asunción de la competencia delegada— y, por otra, cierta exoneración de responsabilidad en favor del delegante, quien mantiene unos deberes residuales sobre los que puede basarse su posición de garantía (ahora) residual o secundaria²⁹. El delegado que ha asumido la delegación

completa o sectorial de los deberes de control, GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., p. 236 y ss.

28 Según LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A.: *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002, la dotación del dominio necesario tiene lugar cuando el delegado dispone de poder de influencia material sobre la actividad, de dirección personal y de la información necesaria para cumplir con su actividad, *vid.* pp. 122-123.

29 En el mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho penal económico y de la empresa*, ob.cit., p. 534; LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., señalando que, entre los efectos

de competencias se convierte en el responsable principal respecto del ámbito de competencia transferido³⁰. Traducido esto al marco de la intervención en el delito significa que el delegado atrae para sí la responsabilidad a título de autoría por las actuaciones delictivas que se deriven de su nuevo ámbito de competencia. En cambio, y por lo general, el título de responsabilidad atribuible al delegante por el incumplimiento de su posición de garantía secundaria respecto del ámbito de actividad del que se deriva la actuación delictiva se correspondería con alguna de las formas de participación³¹.

En segundo lugar, puede ser que lo que se realice sea simplemente un *encargo* de la ejecución de una función. En efecto, en cualquier ámbito de actividad organizada muy a menudo se producen situaciones en las que el superior simplemente encarga una tarea a uno de sus colaboradores. De este modo, una persona con un ámbito de competencia más amplio —y con facultades de gestión— requiere los servicios de un tercero para

principales de esta clase de delegación, el más evidente es el correspondiente al nuevo deber que asume el delegado, p. 170.

- 30 Y ello siempre que estemos ante una delegación válida y normalmente eficaz, en tanto que se trate de una delegación libre, de una asunción también libre, se haya realizado una selección adecuada y se dote de dominio suficiente al delegado, *vid.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, ob. cit., pp. 310-312. También sobre los requisitos que deben concurrir para que de una delegación se derive la eficacia normal, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, R.: *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona, 2008, p. 106 y ss.
- 31 LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., si bien admitiendo que lo usual será que la responsabilidad del delegante por «la omisión no impeditiva del delito de otro tenga un significado, a lo sumo, de participación en el delito», v. p. 181, considera que habrá autoría cuando «el que comete el delito es un delegado del omitente que actúa en el ámbito de éste y bajo su dependencia. El emprendedor —en general, el delegante— hace suya la actividad del empleado —en general, del delegado—, incorporándola a la realización de su propio proyecto: la libertad del empleado forma parte del proyecto del empleador», p. 181. En mi opinión, esta situación tendría lugar en el marco del denominado encargo de la ejecución de una función.

ejecutar una determinada función. Lo relevante es que, en estos casos, la persona que encarga la tarea no transforma su ámbito de competencia inicial, ni tampoco se transforma el ámbito de competencia del ejecutor o encargado. En otras palabras, no hay un traspaso de posiciones de garantía sobre un determinado ámbito de competencia al modo de una delegación de funciones. En esta medida, el encargo de la ejecución de una función no libera ni descarga al mandante de su competencia o posición de garante originaria, porque éste no traspasa el ejercicio de sus funciones o competencias propias —ni siquiera de forma parcial— a un tercero (encargado o mandado). En esta situación, lo único que ocurre es que el mandante *activa* la esfera de competencia de uno de sus trabajadores o colaboradores. Con todo, aunque en este supuesto de encargo de funciones no se transforme el ámbito de competencia originaria del encargante, ello no significa que éste deba ser siempre (el único) responsable. Es evidente que si el encargado, sujeto autorresponsable, ejecuta mal su trabajo también podrá responder. Por ello, el encargo de la ejecución de una función ni es fundamento de una especie de responsabilidad objetiva del encargante, ni tampoco es un escudo frente a la responsabilidad penal del encargado. Aunque éste no tenga facultades de decisión sobre el ámbito de competencia en el que incide y se incardina su actividad, sigue siendo responsable de realizar su cometido bajo los parámetros normativos establecidos. Si los infringe, responde. Lo que ocurre es que no se produce una distribución tan clara de los títulos de responsabilidad sobre ese ámbito de competencia como sucede en el caso de una delegación de funciones.

III. El *Compliance Officer* en el marco de la alta dirección de la empresa

3.1. Los principales competentes en materia de cumplimiento

Entre los principales competentes en materia de cumplimiento se alude, en primer lugar, al empresario o gestor general

de la empresa (*top management*). Como ya se ha mencionado, el *criminal compliance* es un método de prevención de naturaleza privada —fruto de la autorregulación empresarial— de las actividades infractoras —también de las delictivas— por parte de las empresas³². En esta medida, como sujetos principal y originariamente responsables de la actividad empresarial, en representación de la propia persona jurídica, cabe aludir al empresario u órgano de administración. En efecto, es la alta dirección de la empresa la que toma la decisión de implantar y conformar el sistema de *criminal compliance*³³. Así, se afirma que el órgano de administración tiene un deber jurídico-penalmente reforzado —en tanto deber jurídico de vigilancia— de implementar un programa de cumplimiento³⁴.

Precisamente, según el art. 31 bis CP, cuya redacción ha sido modificada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, y en el que se establecen los parámetros generales para determinar si procede o no atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, el órgano de administración de la persona jurídica es el que debe

32 En este sentido, ACHENBACH, *GA* 10/2004, ob. cit., p. 574. También, señalando que si bien la autorregulación es de carácter privado, en el momento en que irrumpe la co-regulación (o autorregulación regulada) de una determinada actividad, cabe plantearse el papel del Derecho penal, aunque éste solamente sea un papel secundario, *cf*: PIETH, M.: “Co-Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht”, en *FS-Hassemer*; Heidelberg, 2010, pp. 893-894.

33 En este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 100; KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., p. 61, p. 78; SCHNEIDER, H./GOTTSCHALDT, P.: “Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance Beauftragten in Unternehmen”, *ZIS* 7/2011, afirmando que el cumplimiento es tarea de la dirección de la empresa, si bien reconociendo que las tareas de cumplimiento pueden ser objeto de delegación tanto horizontal como vertical, *vid.* pp. 573-574; también, LEHMANN, en *Wissenschaftliche und praktische Aspekte*, ob. cit., pp. 58-59.

34 SILVA SÁNCHEZ, J.M.: “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J.P./ ORTIZ DE URBINA, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 101; en el mismo sentido, señalando que el Consejo de administración es quien tiene que tomar las medidas necesarias para controlar que sus trabajadores realicen sus tareas correctamente y asegurar un comportamiento legal de todos los miembros de la empresa, REICHERT, *ZIS* 3/2011, p. 114.

adoptar y ejecutar el denominado «modelo de organización y de gestión» (art. 31 bis 2.1ª CP).

En segundo lugar, es ineludible atender a la figura del *compliance officer* u oficial o encargado de cumplimiento³⁵. Desde la doctrina penalista se entiende que el oficial de cumplimiento es un sujeto jerárquicamente inferior al administrador o alta dirección y su posición en la empresa es similar a la de un alto directivo³⁶. Según alguna opinión también es «el alto responsable en materia de cumplimiento»³⁷. En esta línea, se hace referencia a que la vocación del *compliance officer* va más allá de la mera ejecución de las tareas de prevención, lo que, por lo demás, ya se está llevando a cabo en las empresas (ej. riesgos laborales, medidas antiblanqueo de capitales, riesgos ambientales, etc.)³⁸. Por tanto, parece que el oficial de cumplimiento debería ser una figura diferenciada del auditor interno, del encargado de

35 Como señala LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, ob. cit., si bien la denominación en inglés está asentada —*compliance officer*—, no sucede lo mismo respecto a su denominación en castellano. Así, se alude al oficial de cumplimiento, al responsable de prevención, al coordinador de prevención o al oficial de ética, *vid.* p. 326.

36 SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob.cit., p. 88; ROBLES PLANAS, R.: “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona, 2013, p. 321.

37 DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, ob.cit., p. 166, p. 167; también refiriéndose a este sujeto como el “responsable de cumplimiento”, CORCOY BIDASOLO, M.: “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *compliance*”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dirs.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid, 2014, p. 182. En otro sentido, entendiendo que el *Compliance Officer* es, más bien, un órgano auxiliar y que los principales responsables del cumplimiento son los órganos directivos siendo el oficial de cumplimiento simplemente la cabeza visible, RÖNNAU, TH./SCHNEIDER, F.: “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtliche Garant”, *ZIP* (2) 2010, p. 57; ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 321; en el mismo sentido, KONU, *Die Garantstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., p. 106.

38 DOPICO GÓMEZ-ALLER, en *El Derecho penal económico en la era Compliance*, ob. cit., p. 166, p. 167; LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, ob. cit., p. 327.

la prevención de riesgos laborales, del encargado de la prevención de blanqueo o del encargado de la prevención ambiental, por ejemplo³⁹.

Si bien ni el perfil ni las concretas funciones de esta figura están legalmente delimitados⁴⁰, tanto la doctrina como determinadas asociaciones privadas que pretenden profesionalizar esta figura vienen formulando distintas aproximaciones al respecto⁴¹. En todo caso, cuáles sean las concretas funciones del oficial de cumplimiento es algo que va a depender de las características de la empresa y actividad en la que tenga que realizarlas⁴². Aun

39 En sentido contrario, asimilando los cargos de encargado (*Beaufragter*) y de *Compliance Officer*, HAUSCHKA, en *Corporate Compliance*, 2. Aufl., ob. cit., p. 18. Distiguendo entre el encargado de cumplimiento central (*Compliance Officer*) y los encargados de cumplimiento no centrales –esto es, aquellos encargados de ámbitos concretos-. Además, estos encargados de cumplimiento conviven con otro tipo de instancias y funciones de control: auditorías internas, gestión del riesgo, departamento jurídico, etc., BURKLE, en *Corporate Compliance*, ob. cit., p. 145 y ss.

40 Reclamando una regulación jurídica de los deberes del *compliance officer* y considerando que son deberes jurídico-penalmente relevantes, MOMSEN, en *FS-Puppe*, ob. cit., p. 765, p. 766.

41 En este sentido, en España cabe aludir a “Cumplen. Asociación de profesionales de cumplimiento” (www.cumplen.com), que ha elaborado un estatuto general de la profesión de *compliance*. Precisamente, en el art. 1.1 del estatuto se establece que la función de este profesional «consiste en la asistencia al órgano de administración y dirección en el cumplimiento de la legalidad vigente, asesorando en la identificación e implementación de controles y monitorizando la efectividad de los mismos de las personas jurídicas públicas y privadas (...) Así mismo, además, el *Compliance Officer* puede desempeñar funciones dirigidas a velar por la práctica ética de las entidades o personas jurídicas públicas y privadas a las que presta sus servicios».

42 *Vid.* GALLEGO SOLER, I: “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid, 2014, pp. 217-220; también, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, ob. cit., señalando que, aunque se tratara de una figura reglada por normas públicas, «resultaría discutible si a efectos de asignarle responsabilidad penal por el incumplimiento de sus funciones sería determinante la expresión normativa de éstas y no su efectiva asunción en la organización de la empresa», p. 303. Por otro lado, la ausencia de regulación pública hace

así, la doctrina se refiere a unas funciones estándar⁴³. Éstas se clasifican en tres grupos: *en primer lugar*, las funciones de información, comunicación y capacitación; *en segundo lugar*, las funciones de asesoramiento a los miembros de la empresa en el desarrollo de sus actividades; y, *en tercer lugar*, las funciones de supervisión, control y reporte de la información⁴⁴. Tomando como referencia esta clasificación, se apunta que la esencia de la competencia del encargado de cumplimiento es la obtención y reporte de información relevante para, de este modo, contribuir a la evitación de riesgos penales⁴⁵. Por tanto, desde un punto

que, por ejemplo, en Alemania, se distingue entre la figura de los denominados *Unternehmensbeauftragter* (encargado de la empresa) y el *compliance officer*. Al respecto, KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., p. 73 y ss. Según esta autora, además de la determinación legal del nombramiento y funciones del *Unternehmensbeauftragter*, otra diferencia con el *CO* es que aquél solamente se ocupa del cumplimiento de disposiciones jurídico-públicas, mientras que el *CO* se ocupa de todo el contenido de *Compliance*, también de las normas internas, *vid.* p. 74. También HAUSCHKA, CH. E.: “Zum Berufsbild des Compliance Officers”, *CCZ* 4/2014, señala que, salvo en marco de la Banca y de las aseguradoras, la función del *Compliance Officer* no tiene reconocimiento jurídico-público, *vid.* p. 167.

- 43 De este modo, la valoración jurídico-penal acerca del ámbito de responsabilidad del *compliance officer* también va a depender del perfil y funciones que en concreto realice en una empresa. En el mismo sentido, GODENZI/ WOHLERS, en *Liber Amicorum für Donatsch*, ob. cit., pp. 243-244.
- 44 *Vid.* GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, ob. cit., p. 109 y nota 340.
- 45 Según SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., su posición jurídica se configura por dos deberes: «por un lado, el deber de obtener conocimiento; y, por otro, el deber de transmitir la información obtenida al superior jerárquico o, en todo caso, a la persona competente para la corrección de la situación defectuosa (deber de denuncia, en suma)», p. 99. También, señalando que el deber central del oficial de cumplimiento son sus tareas de información, RÖNNAU/SCHNEIDER, *ZIP* (2) 2010, ob. cit., p. 59. La cuestión es cuál es el alcance de las funciones del oficial de cumplimiento a los efectos de la obtención de información. Al respecto, y en el marco de la regulación alemana, se refiere HAUSCHKA, *CCZ* 4/2014, ob. cit., pp. 166-167. Así, señala este autor que, según la BaFin (Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht) —organismo alemán equivalente a la CNMV en España—, las personas que desempeñan funciones de cumplimiento tienen derechos ilimitados de información, inspección y acceso a todo tipo de información relevante para desarrollar con eficacia su actividad, *vid.* p. 167.

de vista jurídico-penal resulta interesante valorar cuáles son las consecuencias penales por el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de las funciones de supervisión, control y reporte de la información. En esta dimensión, se entiende que el oficial de cumplimiento es titular de un “derecho de escalada” (*Eska-lationsrecht*) que le permite informar directamente a la alta dirección⁴⁶. De ahí, podría decirse que ocupa una posición privilegiada como informante. Ahora bien, el oficial de cumplimiento actúa en defensa de los intereses de la empresa (y de sus trabajadores), no de los bienes jurídicos de terceros⁴⁷.

3.2. ¿Es el *compliance officer* un delegado del empresario?

La mayoría de la doctrina que se ha pronunciado al respecto entiende que el *compliance officer* es un delegado de vigilancia del empresario u órgano de administración⁴⁸. Los que

46 RÖNNAU/SCHNEIDER, *ZIP* (2) 2010, ob. cit., p. 57.

47 Esto tiene que ver con la propia razón de ser del *Compliance*. Así, según ROTSCH, TH.: “Criminal Compliance”, *Indret* 1/2012, el *Compliance* se dirige a «una completa evitación de la responsabilidad penal» y, por ello, debe «tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no sólo a la cúpula directiva», p. 6. También sobre ello, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, ob. cit., señalando que la competencia penal del oficial de cumplimiento «se sustentará en el manejo inadecuado de la información que sirve para evitar infracciones penales, sea porque no informa a los miembros de la empresa sobre cómo deben actuar, sea porque no pone en conocimiento de la dirección de la empresa ciertas deficiencias del programa de cumplimiento en cuanto a la prevención de los delitos», p. 109; también, KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., p. 75. Según esta autora, el encargado de cumplimiento no actúa para la protección de intereses generales como lo hacen los denominados encargados de la empresa (*Unternehmensbeauftragte*), sino en defensa de los intereses de la propia empresa y de sus trabajadores. De este modo, no puede sostenerse que posea una posición de garantía originaria al servicio de la protección de bienes jurídicos de terceros, *vid.* p. 100. En la misma línea, criticando la sentencia del BGH de 17.07.2009, PRITTWITZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 214.

48 SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 99, p. 103 y ss., entendiendo que el *compliance officer* es un delegado

defienden esta postura, admiten, a su vez, que el administrador de la empresa traspassa la gestión del programa de cumplimiento, y no la construcción de la organización de cumplimiento, al *compliance officer*⁴⁹. A partir de aquí, se hace necesaria una aproximación a la posición de garantía que normalmente se atribuye al empresario respecto de la evitación de los delitos que cometan sus trabajadores a partir de la actividad empresarial⁵⁰.

de vigilancia pero con más funciones: «la posición del *compliance officer* excede a la de un mero delegado de vigilancia», p. 103. También lo consideran un delegado del empresario u órgano de administración, BACIGALUPO ZAPATER, *Compliance y Derecho penal*, ob. cit., pp. 103-104; BERMEJO, M./PALERMO, O.: “La intervención delictiva del *Compliance Officer*”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J. P./ORTIZ DE URBINA, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 178 y ss.; LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, ob. cit., p. 306, p. 322, p. 328 y ss.; RAGUÉS I VALLÉS, R.: *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid, 2013, p. 104; ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 324, señalando que la posición de garantía de vigilancia que asume es limitada. En la doctrina alemana, por ejemplo, RÖNNAU/SCHNEIDER, *ZIP* (2) 2010, ob. cit., entienden que es un delegado del administrador y que, en esta medida, asume por delegación el dominio sobre fuentes de peligro, *vid.* p. 57; KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., señalando que su posición se deriva de una delegación vertical, pp. 61-62, p. 70 y ss., p. 103; también, MOMSEN, en *Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., p. 83; WOHLERS, W./GAEDE., K.: “§ 13 StGB. Begehen durch Unterlassen”, en *Nomos Kommentar: Strafgesetzbuch*, 4. Aufl., Baden-Baden, 2013, p. 607.

49 Así, KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., señalando que esta posición se deriva de una delegación vertical, p. 65, p. 70 y ss. También, SILVA SÁNCHEZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 103.

50 Esto es algo que, según HERNÁNDEZ BASUALTO, en *FS-Frisch*, ob. cit., resulta admitido por la doctrina mayoritaria tanto en Alemania como en otros países europeos, entre ellos España, *vid.* p. 335 y nota 5. Precisa LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, ob. cit., que el deber de garante del titular de la empresa no se extiende a cualquier delito, sino a “delitos que puedan entenderse como expresión de la empresa como fuente de peligro en sí misma”, esto es, delitos que se vinculen con los riesgos de producción o prestación propios de la actividad empresarial, p. 315; EL MISMO, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., pp. 175-176. En el mismo sentido, GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., pp. 235-236.

Según la doctrina, el fundamento de la posición de garantía del empresario se basa en la decisión de la alta dirección, en ejercicio de su libre autonomía, de establecer una organización para desarrollar una determinada actividad empresarial en una concreta situación⁵¹. De este modo, el empresario —sujeto con poder organizativo y de mando— asume un compromiso de contener los riesgos para terceros a consecuencia de los hechos delictivos cometidos por sus trabajadores. Ahora bien, no se trata de una posición de garantía omnicomprendensiva, sino limitada a la evitación de esos hechos propios de la concreta actividad empresarial (*betriebsbezogene Delikte*)⁵². En esta medida, para evitar estos peligros, la dirección de la empresa tiene que establecer una serie de mecanismos organizativos. Entre ellos, se encuentra la adopción de las medidas de vigilancia y control de «los cursos o procesos propios de la actividad empresarial que puedan entrañar peligros para terceros, incluyendo los provocados por subordinados»⁵³. Se trata, pues, de un deber organizativo respec-

51 Así, HERNÁNDEZ BASUALTO, en *FS-Frisch*, 2013, p. 335; GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., pp. 232-235; WOHLERS/GAEDE, en *Nomos Kommentar*, ob. cit., pp. 613-614. O, en otras palabras, como señala LASCURAIN SÁNCHEZ, en *Responsabilidad de la empresa y Compliance*, en la decisión de comenzar una actividad productiva, vid. p. 313; EL MISMO, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., p. 277.

52 En este sentido, MOMSEN, en *Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., afirmando que esta posición de garantía no abarca los “hechos excesivos” (*Exzesstaten*) que comete un trabajador únicamente en ocasión de su actividad en la empresa. Entre los hechos que no quedarían abarcados por la posición de garantía del empresario se alude a aquellos propios de la criminalidad general, como por ejemplo, delitos contra la libertad sexual o contra el honor, cfr. pp. 59-60, pp. 73-76; también, FISCHER, TH., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Aufl., München, 2015, p. 106. Respecto a la discusión de cuáles son estos delitos vinculados con la actividad empresarial, esto es, la denominada *Betriebsbezogenheit*, vid. también, HERNÁNDEZ BASUALTO, en *FS-Frisch*, ob. cit., p. 342 y ss.

53 Cfr. ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 323. Conviene señalar que, en mi opinión, estos deberes de vigilancia se corresponden con los deberes de control de los titulares de la gestión estratégica de la empresa. En esta medida, cabe diferenciarlos de los deberes de control directamente vinculados con las concretas actividades —con potencialidad lesiva— que se desarrollen a partir de la empresa. De entrada,

to de la evitación de daños a terceros. Precisamente, un sector doctrinal entiende que una parte de estos deberes de control y vigilancia propios de la alta dirección de la empresa son delegables⁵⁴. Y aquí es donde aparece en escena la figura del oficial de cumplimiento como posible destinatario de esta delegación de funciones de vigilancia.

Se admita o no que entre empresario y oficial de cumplimiento tiene lugar una delegación de funciones, es conveniente señalar que, a no ser que estemos ante un encargado de cumplimiento dedicado exclusivamente a controlar el cumplimiento de un determinado sector de actividad de la empresa, estamos hablando de la asunción de posiciones de garantía demasiado genéricas como para que de su infracción, por sí sola, se derive responsabilidad penal en comisión por omisión por la no evitación de los delitos cometidos a partir de la empresa⁵⁵.

En cualquier caso, se entiende que el delegado, en este caso el oficial de cumplimiento, asumiría «la vigilancia sobre el correcto cumplimiento del Derecho en las diversas capas de la empresa y la transmisión de las informaciones relevantes al respecto a los órganos de dirección», si bien por lo general no tendría la obligación de impedir delitos⁵⁶. Parece, pues, que se trataría de una delegación parcial de ese deber organizativo de vigilancia del empresario. En este sentido, la función del *compliance officer* como delegado de vigilancia se limitaría a obtener la información pertinente con respecto al cumplimiento normativo en la empresa y, en caso de detectar alguna carencia o incorrección al respecto, transmitir esta información al sujeto competente a los efectos de su corrección⁵⁷. Sea como fuere, es

los titulares de estos deberes de control operativos serían los directivos de nivel intermedio o bajo.

54 Así, ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 324.

55 En el mismo sentido, RANSIEK, A.: “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance-Officers”, *AG 5/2010*, p. 148.

56 Así, ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 324.

57 ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 324. Sigue diciendo este autor que “el responsable de cumplimiento no asume

preciso advertir que, si lo que existe entre el empresario y el oficial de cumplimiento es una delegación de funciones, aunque sea parcial, eso significa —conforme al concepto de delegación que aquí se mantiene— que el delegado asumiría la responsabilidad principal sobre el objeto de la delegación y, en consecuencia, ostentaría una posición de garantía primaria al respecto⁵⁸.

Precisamente, desde la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 17 de julio de 2009 (BGH 5 StR 394/08), que condenó como partícipe en comisión por omisión por un delito de estafa al jefe del departamento jurídico y de auditoría interna de una empresa pública de limpieza, se ha producido mucha literatura jurídica en relación con la posible responsabilidad penal como garante del encargado de cumplimiento⁵⁹. Aunque el sujeto condenado en este caso no era un encargado de cumplimiento, el TS alemán, a modo de *obiter dictum* y en relación con las posiciones de garantía de ciertos encargados en la empresa, se pronunció respecto a la posición de garantía de los *compliance*

la completa posición de garantía de control o vigilancia por delegación del órgano competente, ni tampoco se genera una nueva posición de garantía con el mismo contenido, sino que lo asumido es sólo una parte: el deber de investigar y transmitir información al órgano superior —auténtico *competente primario* de la evitación de delitos en la empresa”, pp. 324-325.

- 58 Es evidente que el encargado de cumplimiento realiza una actividad que incide en el deber de vigilancia organizativo que incumbe al empresario. Ahora bien, a mi juicio y como veremos más adelante, esta situación no responde a una delegación de funciones.
- 59 Según los hechos probados de esta sentencia, varios miembros de una empresa pública de limpieza de calles —*Berliner Stadtreinigungsbetrieb*— aplicaron erróneamente una tarifa por la limpieza de unas calles. Este error se produjo durante el periodo tarifario de los años 1999/2000, siendo detectado y, sin embargo, no corregido. De hecho, durante este ejercicio, el responsable del grupo que se ocupó del cálculo de las tarifas aplicables fue el sujeto condenado como partícipe en comisión por omisión por un delito de estafa. Y ello porque, durante el siguiente periodo, correspondiente al ejercicio de 2001/2002 y respecto del cual se planteó la responsabilidad penal, si bien el acusado ya no era el principal responsable del grupo de cálculo tarifario, sí participó en alguna reunión sin remediar el error. Comentando esta sentencia, por ejemplo, RANSIEK, *AG* 5/2010, ob. cit., p. 147 y ss.; SPRING, *GA* 4/2010, ob. cit., p. 22 y ss.; KRÜGER, *ZIS* 1/2011, ob. cit.

officers. Así, señaló que los encargados de cumplimiento son sujetos que normalmente tendrán una posición de garantía en el sentido del § 13 StGB —nuestro equivalente al art. 11 CP— y a los que les incumbe un deber de impedir los delitos que se cometan en la empresa por parte de los empleados. Y ello es así, según el BGH, sobre la base de la responsabilidad en materia de cumplimiento que ha asumido el *compliance officer* ante la propia dirección de la empresa.

A partir de aquí, también una parte de la doctrina alemana, si bien sobre la base de fundamentaciones diversas, ha entendido que el oficial de cumplimiento puede ostentar una posición de garantía, aunque sea limitada, respecto de la evitación de los delitos cometidos a través de la empresa⁶⁰. Sin embargo, también hay autores que se pronuncian en contra⁶¹. Así, entendiendo que los deberes que asume el encargado de cumplimiento no se refieren a la evitación de daños para los intereses de terceros,

60 *Vid.* al respecto, MERZ, M.: “§ 13 Begehen durch Unterlassen”, en GRAF, J. P./JÄGER, M./WITTIG, P. (Hrsg.), *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, München, 2011, p. 80; RÖNNAU/SCHNEIDER, *ZIP* (2) 2010, ob. cit., p. 56 y ss.; STREE/BOSS, “§ 13 Begehen durch Unterlassen”, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München, 2014, entendiendo que el *compliance officer* solamente podría ser garante de la evitación de delitos contra terceros si hubiera asumido materialmente esta función. Ahora bien, entiendo que, por lo general, su competencia se limita a proporcionar información a la alta dirección, *vid.* p. 226. Sobre la discusión al respecto, BERMEJO/PALERMO, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 183.

61 Por ejemplo, SPRING, *GA* 4/2010, ob. cit., p. 222 y ss., remarcando el valor del principio de autorresponsabilidad también en el marco empresarial. Según este autor, si el subordinado actúa con plena responsabilidad y sin déficit alguno de destreza o capacidad, la posible responsabilidad del empresario —y también del *Compliance Officer*— sería por la infracción del § 130 OWiG o/y por el § 323c StGB (omisión del deber de socorro), *vid.* p. 227.; WARNEKE, N.: “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, *NSiZ* 2010, p. 212 y ss. En general, sobre la doctrina alemana que rechaza la posición de garantía del oficial de cumplimiento, *vid.* KONU, *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, ob. cit., p. 120 y ss.; REICHERT, *ZIS* 3/2011, ob. cit., p. 115.

sino a la protección de los propios intereses de la empresa, algunos rechazan la posición de garantía del *compliance officer* frente a los bienes de terceros⁶². Con ello, sostienen que al encargado de cumplimiento no le alcanza una posición de garantía derivada de la que a su vez ostenta la dirección de la empresa —incluso cuando ésta se fundamenta sobre la base de la responsabilidad por la organización de la empresa como factor de riesgos—. El oficial de cumplimiento no es responsable ni de la estructura ni de la organización de la empresa, y no puede modificar estos aspectos ni siquiera sobre la base de sus propias competencias⁶³. En este sentido, se afirma que el auténtico destinatario de los deberes de garante organizativos en la empresa no es el oficial de cumplimiento sino el órgano de administración⁶⁴. De este modo, solamente cabría afirmar que el *compliance officer* ostenta una posición de garantía interna, en relación con el deber de evitación de perjuicios para la propia empresa pero no frente a los delitos cometidos por parte de los trabajadores⁶⁵. Ahora bien, aun en el caso de seguir esta postura restrictiva de la posición jurídica del oficial de cumplimiento, no se resuelve la cuestión de si este sujeto es o no un delegado del administrador.

A mi modo de ver, si bien sumándome a la consideración de que el *compliance officer* es un órgano auxiliar que no asume una obligación general de impedir delitos y que sus funciones de vigilancia se concentran y limitan a la obtención y transmisión de información al órgano de dirección⁶⁶, su posición en la

62 Así, WARNEKE, *NSiZ* 2010, ob. cit., p. 315. Si bien este autor señala que podría plantearse la posición de garantía del *CO* frente a los bienes de la propia persona jurídica, *vid.* p. 315.

63 WARNEKE, *NSiZ* 2010, ob. cit., p. 315.

64 REICHERT, *ZIS* 3/2011, ob. cit., p. 115, si bien luego admite que a través de la delegación el *Chief Compliance Officer* puede llegar a ostentar deberes de garante para la evitación de comportamientos infractores.

65 Cfr. KINDHÄUSER, U.: “§ 13”, *Strafgesetzbuch. Nommos Kommentar*, 6. Aufl., Baden-Baden, 2015, pp. 146-147.

66 Cabe afirmar que la tarea del *CO* es una función instrumental para la alta dirección de la empresa que, sobre la base de sus funciones estratégicas, tiene el deber de prevenir los delitos cometidos en y a partir de su organiza-

empresa no es la de un delegado de vigilancia sino la de un sujeto profesional que realiza un encargo. Esto es, estamos ante un caso de un encargo de la ejecución de una función. Como se ha mencionado anteriormente, su función principal consiste en evaluar el estado de cumplimiento normativo de la empresa y, tras ello, proporcionar la información recabada al sujeto realmente competente —el empresario o alta dirección— de los riesgos organizativos —entre los que se incluyen los de incumplimiento normativo—. El empresario no traspasa la competencia principal, ni siquiera parcialmente, en materia de cumplimiento a un tercero ni, por tanto, la posición de garantía primaria al respecto. Lo que tiene lugar es una *activación* de la esfera de competencia del *compliance officer*, como encargado cualificado, por parte de un mandante que es el empresario. Éste sigue siendo el principal responsable en materia de cumplimiento en la empresa, siendo él quien tiene que adoptar y ejecutar con eficacia un modelo de gestión de riesgos penales y, en su caso, evitar los resultados delictivos. Sin embargo, a los efectos de la formación, asesoramiento y supervisión del funcionamiento y del cumplimiento en toda la empresa de este modelo de prevención, el empresario se sirve de un tercero. Éste es precisamente el *compliance officer*, un profesional independiente de la dirección de la empresa y con unos conocimientos técnicos específicos que no posee aquélla. Es un ejecutor cualificado con un ámbito de autonomía propio del cargo que ocupa, pero que, sin embargo, no dispone ni de competencias de instrucción ni de mando independientes a los efectos de subsanar o corregir directamente determinadas carencias o infracciones⁶⁷.

ción. En este mismo sentido, MONTIEL, J.P. : “Aspectos fundamentales de la responsabilidad del *Compliance Officer* en el Derecho Argentino”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 17, 2015, entiende que la función del *compliance officer* es eminentemente técnica no siendo plausible que de ella se derive una obligación directa de impedir delitos.

67 Llegando a la misma conclusión, si bien entendiendo que lo que tiene lugar es una delegación parcial, GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., p. 239; también, MOMSEN, en *FS-Puppe*, ob. cit., p. 756.

Conviene señalar que, según lo establecido en el art. 31.2 2ª bis CP, para que pueda aplicarse la exención de responsabilidad penal a la persona jurídica se requiere —por lo menos en las personas jurídicas que no son de pequeñas dimensiones⁶⁸— que la «supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado» haya sido confiada «a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica»⁶⁹. Una de las novedades introducidas con la LO 1/2015, de 30 de marzo, es que la supervisión del cumplimiento normativo puede recaer también en un órgano que legalmente tenga encomendada la supervisión de la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Esto puede suceder, por ejemplo, en el marco de la legislación en materia de blanqueo de capitales⁷⁰. Ahora bien, más allá de estos supuestos, conforme al art. 31.2 2ª bis CP, el otro modelo que puede adoptar el órgano o persona encargada del cumplimiento nos recuerda al que, en su momento, se adoptó por parte de la regulación italiana (Dec. Legisl. 231/2001). De este modo, podría decirse que la intención del legislador penal español también es la de configurar un órgano de cumplimiento lo más independiente posible de la alta dirección que, en su caso, también pueda realizar tareas de supervisión sobre ella⁷¹. Ahora bien, estos poderes autónomos de iniciativa y de control a los que alude el art. 31 bis CP, y cuyo contenido específico dependerá del concreto perfil que finalmente adopte

68 Para éstas, según el 31.3 bis CP “las funciones de supervisión a que se refiere la condición 2ª del apartado 2 podrán ser asumidas directamente por el órgano de administración. A estos efectos, son personas jurídicas de pequeñas dimensiones aquéllas que, según la legislación aplicable estén autorizadas a presentar cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas”.

69 Esta fórmula se introduce en el Código penal español siguiendo el modelo de la regulación italiana (Decreto Legislativo 231/2001)

70 *Vid.* Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley 10/2010, en especial, art. 31 y ss. del Decreto.

71 Incidiendo en esta cuestión, NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., pp. 194-195, si bien entiende que el modelo italiano de cumplimiento «sólo es practicable en sociedades abiertas cotizadas», p. 195.

el *compliance officer* en la empresa en cuestión, se refieren a la función de supervisión del sistema de cumplimiento normativo. Esto, de nuevo, no implica que posea poderes autónomos respecto de la adopción de medidas para impedir o evitar las infracciones de los miembros de la empresa.

La titularidad de la función organizativa de control como medio para la prevención delitos de empresa no es del oficial de cumplimiento, sino, en su caso, de la alta dirección. El cometido del encargado de cumplimiento es asegurarse de que concurre la situación óptima para el cumplimiento —a través de una adecuada formación de los miembros de la empresa—, de ofrecer el asesoramiento oportuno y, por último, de supervisar la actitud empresarial en materia de cumplimiento. Y esta función culmina con el reporte de la información recabada al órgano de administración o alta dirección. Pero el *compliance officer* ni asume una posición de garantía de vigilancia derivada del ámbito competencial del empresario, ni se convierte, por tanto, en el principal responsable de la evitación de los riesgos penales para terceros que puedan derivarse de la actividad empresarial⁷². Su función es, más bien, la supervisión del sistema de cumplimiento implantado en la empresa. El *compliance officer* se ocupa de vigilar si los trabajadores cumplen con las reglas internas de la empresa establecidas para, a su vez, asegurar la conformidad con las normas (jurídicas o no)⁷³. Pero se trata de una función de supervisión o vigilancia mediatizada para la obtención de la información que, a su vez, necesita un tercero —esto es, el empresario o administrador— para cumplir con su función de vigilancia estratégica u organizativa.

72 De la misma opinión, GODENZI/WOHLERS, en *Liber amicorum für Donatsch*, ob. cit., pp. 240.

73 *Vid.* BERMEJO/PALERMO, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 183; KINDHÄUSER, § 13 NK, 6. Aufl., ob. cit., p. 146.

IV. La posible responsabilidad penal de los principales competentes en *compliance* desde la perspectiva de la delegación

4.1. El empresario o administrador de la empresa

Un enfoque clásico empezaría por plantear si el empresario o administrador ostenta una posición de garantía cuya infracción pueda generar responsabilidad por la no evitación de los delitos cometidos a partir de la empresa por parte de sus trabajadores —también sujetos autorresponsables—. Esta es una cuestión de enorme relevancia dogmática que ha sido tratada con profundidad por la doctrina y sobre la que aquí no cabe incidir más⁷⁴. De lo que se trata en este trabajo es, más bien, de analizar si el empresario o administrador ostenta deberes de control respecto de la actividad del encargado de cumplimiento. Así pues, a los efectos de abordar esta cuestión se atenderá al criterio de la delegación y del encargo de funciones.

En un caso estándar de delegación de funciones el delegante mantiene deberes residuales⁷⁵, también denominados de control y vigilancia. Estos deberes son de naturaleza preventiva y, además, la relevancia de su cumplimiento se manifiesta con

74 Al respecto, en la doctrina española, resumiendo las distintas posturas doctrinales sobre las posibles fuentes de la posición de garantía del empresario, DEMETRIO CRESPO, en *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, ob. cit., p. 11 y ss.; EL MISMO, *La responsabilidad penal por omisión del empresario*, ob. cit.

75 Dentro de esta tipología de deberes residuales la doctrina suele aludir a los deberes de selección, *de vigilancia y control*, de información y formación del delegado, de dotación de medios (al inicio y durante la actividad del delegado) y, en según qué casos, de intervención. En mi opinión, en cambio, ni el deber de selección ni el deber inicial de dotación de los medios necesarios, incluyendo la información y la formación, al delegado son deberes residuales. Si por tales se entiende aquellas obligaciones que mantiene el delegante tras la delegación de competencias, no tiene sentido incluir en este concepto aquellos deberes que vinculan al delegante antes de la transformación efectiva de su ámbito de competencia. Por otro lado, el resto de deberes residuales a los que viene aludiendo la doctrina pueden reconducirse a una categoría más genérica de deberes de control y vigilancia, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, ob. cit., p. 95, p. 179 y ss.

posterioridad a la delegación. Los deberes residuales suelen tratarse a propósito de las posiciones de garantía que pueden obligar al delegante y al delegado. En este sentido, según la doctrina, en el marco de la actividad empresarial en la que se divide el trabajo y se llevan a cabo delegaciones, es posible diferenciar entre dos clases de deberes de garante. En primer lugar, los deberes *primarios* de garante (titularidad del que tiene el dominio más próximo a la fuente de peligro) y, en segundo lugar, los deberes *secundarios* de garante (atribuibles a los superiores que están obligados a la *coordinación* y al *control*)⁷⁶. Si trasladamos este esquema al marco de la delegación de funciones, el delegado sería el titular de los deberes primarios de garante y el delegante de los deberes secundarios de garante. Ambas posiciones de garantía tienen aquí el mismo objetivo, esto es, evitar que del ámbito de competencia o actividad delegada surja algún output lesivo. En caso del delegante, aquí titular de deberes residuales, esta función de garantía se lleva a cabo controlando la actividad de su delegado. Esta es la forma a través de la cual el delegante puede evitar, o mejor, contribuir a la evitación de los riesgos que puedan surgir de la concreta actividad empresarial de la que también es competente. Por otro lado, a esta distinción entre los deberes de garante le acompaña una graduación de la intensidad del deber de garantía y, en consecuencia, ello también debe repercutir en el grado de responsabilidad en caso de la infracción de unos u otros deberes. En general, la infracción de deberes primarios de garante comporta responsabilidad a título de autoría, mientras que la infracción de los deberes secundarios de garante conllevaría responsabilidad como partícipe. En cuanto a esta última dimensión, esto supone admitir la posibilidad de castigar al garante omitente también como partícipe⁷⁷.

76 Así, estableciendo esta distinción, SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, ob. cit., pp. 95-97.

77 En la doctrina española admiten esta posibilidad, por ejemplo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, p ob. cit., p. 282-28; ROBLES PLANAS, R.: *Garantes y cómplices*, Barcelona, 2007, p. 72, p. 74; también, si bien partiendo de una fundamentación distinta en la que se

Por el contrario, en un caso de encargo de la ejecución de una función —que es lo que, en mi opinión, sucede entre empresario y *compliance officer*— el sujeto que realiza el encargo no posee deberes residuales —en tanto deberes resultantes de una delegación— respecto a la actividad de su ejecutor. A través de este mecanismo las esferas de competencia de los sujetos implicados no experimentan una transformación esencial. Esto es, no se produce un traspaso al encargado de la competencia originaria del mandante. Por ello, este último no es el titular de deberes residuales sino de deberes primarios. Ahora bien, eso no implica que entre sus obligaciones primarias no puedan incluirse ciertos deberes de control sobre la actividad que el otro ejecuta, si bien en la concreción de este deber será necesario tener en cuenta la clase de encargo y las características del encargado. Aunque la actividad que tiene que ejecutar el *compliance officer* puede considerarse un instrumento al servicio de la prevención de delitos, la posición en la empresa desde la que se garantiza esta prevención no recae en el oficial de cumplimiento sino en el empresario. Por tanto, la mayor responsabilidad será para este último. Esto no significa que la tarea en sí de control del encargado deba ser más intensa. En este aspecto, resulta relevante tener en cuenta que el encargado de cumplimiento no es un ejecutor cualquiera, sino que posee unos conocimientos y capacidades específicas de las que carece el mandante y que, por ello, potencian la relajación de las medidas de vigilancia por parte de aquél⁷⁸.

4.2. El encargo de cumplimiento o *compliance officer*

La posible responsabilidad penal del *compliance officer* se plantea aquí sobre la base de dos cuestiones. La primera se

otorga más relevancia a las características de la omisión misma que de la posición de garantía que se ostente y analizándolo a propósito de la participación por omisión en un delito de acción doloso, RUEDA MARTÍN, M. A.: *¿Participación por omisión?*, Barcelona, 2013, *vid.* especialmente p. 78 y ss., p. 124 y ss.

78 Al respecto, pero en relación con los auditores medioambientales, *vid.* MONTANER FERNÁNDEZ, *Gestión empresarial*, ob. cit., pp. 265-267.

refiere a si tiene sentido atribuirle responsabilidad penal por la no evitación de los delitos cometidos por los trabajadores a partir de la actividad empresarial. La segunda se vincula con la cuestión de si el encargado de cumplimiento puede responder penalmente por la simple infracción de sus deberes. Como se puede advertir, la más fácil de responder es, de momento, la segunda. En efecto, actualmente no existe previsión jurídico-penal alguna que castigue al *compliance officer* por la simple infracción de sus deberes de supervisión⁷⁹. Algo distinto es que este incumplimiento pueda vincularse con la no evitación de un delito cometido a partir de la actividad empresarial. A estos efectos, vamos pues con la primera cuestión.

Para valorar si el encargado de cumplimiento puede ser penalmente responsable por la no evitación de un delito cometido a partir de la actividad empresarial se proponen las siguientes hipótesis:

- A. El oficial de cumplimiento no supervisa, en contra de lo que se le ha encargado por parte del empresario, el estado de cumplimiento normativo de un determinado departamento de la empresa. En este departamento se estaban produciendo ciertas infracciones normativas que, al no ser corregidas a tiempo, provocan que se cometa un delito de empresa.
- B. El oficial de cumplimiento no supervisa, en contra de lo que se le ha encargado por parte del empresario, el estado de cumplimiento normativo de un determinado departamento de la empresa. En este departamento ya se estaban cometiendo delitos relacionados con la actividad empresarial.

79 A una solución distinta se llegaría probablemente de haberse aprobado el art. 286 seis CP previsto en el proyecto de reforma del Código penal de 2013 y con el que se pretendía castigar penalmente la omisión de la adopción de medidas de vigilancia y control en la empresa. Sin embargo, con la aprobación de la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que finalmente se modificó el Código penal español, se eliminó ese precepto. Comentando críticamente este proyectado art. 286 seis CP, NIETO MARTÍN, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., pp. 66-68; también, LASCURAÍN SÁNCHEZ, en *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, ob. cit., pp. 289-291.

- C. El oficial de cumplimiento supervisa el cumplimiento normativo de un determinado departamento operativo en la empresa y detecta una infracción de la normativa que, de no remediarse, podrá comportar la comisión de un delito de empresa. Aun así, el oficial de cumplimiento no informa al respecto al empresario.
- D. El oficial de cumplimiento supervisa el cumplimiento normativo de un determinado departamento operativo en la empresa y detecta una infracción de la normativa que ya ha comportado la comisión de un delito de empresa. Aun así, el oficial de cumplimiento no informa al empresario.

Antes de proponer una solución para cada una de estas hipótesis, considero necesario mencionar algunas premisas generales que explican la conclusión a la que se llega. *En primer lugar*, hay que tener en cuenta que aquí se parte de que el *compliance officer* no tiene una obligación directa de evitar o detener hechos constitutivos de ilícitos (penales) cometidos por los miembros de la empresa⁸⁰. Esto es, no ostenta una posición de garantía que le obligue a la evitación de los delitos de empresa que puedan cometer los trabajadores. Tal y como aquí se sostiene, el oficial o encargado de cumplimiento no es, en sentido estricto, un delegado del empresario, sino más bien un sujeto que realiza un encargo de la ejecución de una función. Si bien asume una función relacionada con la vigilancia del cumplimiento normativo, su posición de garantía es, a lo sumo, de carácter interno. Ahora bien, sí es cierto que los resultados de su tarea pueden incidir en la esfera de competencia del empresario o administrador. Y ello se materializa a través del suministro de la información pertinente previamente recabada a la dirección de

80 En contra de lo que se afirma en la sentencia del BGH de 17 de julio de 2009 (5 StR 349/08), PRITWITZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., sostiene que «por lo general, tanto el deber como la capacidad de actuar del *compliance officer* están orientados a *informar* sobre el delito, pero no a tomar medidas en contra de este o a evitarlo (aunque ello sea físicamente posible)», p. 216; también negando que el *Compliance Officer* tenga un deber de evitar delitos, SCHNEIDER/GOTTSCHALDT, *ZIS* 7/2011, ob. cit., p. 574; en la misma línea, KONU, *Die Garantenstellung*, ob. cit., p. 195 y ss.

la empresa⁸¹. En esta medida, se encarga de detectar y localizar focos de peligro, esto es, infracciones de las reglas internas establecidas para el cumplimiento de las normas y, posteriormente, informar al respecto a la alta dirección⁸².

En segundo lugar, conviene recordar que los delitos cometidos por parte de los trabajadores de la empresa constituyen, en la mayoría de los supuestos, hechos ilícitos cometidos por sujetos autorresponsables. No debemos olvidar que, sobre la base del escenario delictivo que aquí se ha considerado relevante para valorar la posible responsabilidad penal del *compliance officer* —esto es, el marco de la gestión operativa y, por tanto, el nivel del *management* medio—, las decisiones de gestión que explican el delito cometido a través de la empresa se habrán tomado por personas con ámbitos de autonomía propios. Por tanto, los principales responsables por el delito e incluso por la no evitación del mismo no serán ni el *compliance officer* ni, muy probablemente, ni siquiera el empresario o administrador.

En efecto, quisiera señalar que la función auxiliar de vigilancia que desempeña el *compliance officer* puede configurarse como herramienta para que el administrador de la empresa cumpla con su deber de control estratégico⁸³. Así, la infracción de este

81 Conviene señalar que el oficial de cumplimiento también puede constituirse como uno de los posibles receptores de las denuncias internas en la empresa —en un sistema de *whistleblowing* interno— y, en esta medida, disponer de información relevante respecto a las infracciones cometidas o que se están cometiendo. Sobre ello, RAGUÉS I VALLÈS, *Whistleblowing*, ob. cit., p. 128; EL MISMO, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, p ob. cit., p. 184- 187; también MONTIEL, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 17, ob. cit.

82 En esta medida, RÖNNAU/SCHNEIDER, *ZIP* (2) 2010, ob. cit., se refieren a la ventaja informativa del *CO*, que puede darle opciones de decisión y con ello poder en la empresa. De ahí, fundamentan una posición de garantía secundaria del *CO*. En contra, WARNECKE, *NStZ* 2010, ob. cit., entendiendo que una ventaja informativa no fundamenta dominio alguno sobre el suceso como exige una responsabilidad especial a título de garante, *vid.* p. 316; también en contra, KONU, *Die Garantenstellung*, ob. cit., p. 192 y ss.

83 En sentido similar, FELIÓ SÁNCHEZ, *La Ley Penal*, núm. 40, 2007, ob. cit., señalando que son deberes vinculados con la organización de la que se es responsable.

deber de control, si bien puede generar un escenario de riesgo organizativo, no siempre se vincula necesariamente con el delito cometido a partir de la empresa. Por ello, la intervención del *compliance officer* podría estar referida solamente a la infracción de los deberes de supervisión genéricos del empresario —vinculados con una infracción del estilo de la prevista en el § 130 de la Ley de Contravenciones alemana (OWiG)⁸⁴—.

En tercer lugar, la valoración de las consecuencias jurídico-penales de los distintos comportamientos incorrectos del *compliance officer* que aquí se proponen depende, también, del valor que tenga la información que éste pueda suministrar en la concreta actividad empresarial. Y esto, a su vez, va a depender del concreto perfil que adopte el *compliance officer* y de las concretas características de la organización empresarial. Evidentemente, si estamos en una empresa en la que el encargado de cumplimiento se erige como la única fuente de información de la que dispone el empresario a los efectos de conocer el

84 Según este precepto: «(1) El que como titular de un establecimiento (*Betrieb*) o empresa (*Unternehmen*) omite dolosa o imprudentemente las medidas de vigilancia necesarias para evitar en ese establecimiento o empresa infracciones de deberes, los cuales conciernen al titular de la empresa como tal y cuya lesión se amenaza con pena o multa, comete un ilícito administrativo, cuando se haya cometido una infracción que se habría evitado o dificultado considerablemente a través de la vigilancia pertinente. A las medidas de vigilancia necesarias pertenecen también la dirección, la elección cuidadosa y la supervisión de los vigilantes.

(2) Establecimiento o empresa en el sentido del primer apartado también lo es la empresa pública.

(3) La infracción administrativa puede ser castigada, cuando la lesión del deber esté castigada con pena, con una multa de hasta un millón de euros. Si la infracción del deber se castiga con multa, el máximo de la multa por la infracción del deber de vigilancia se determina según el máximo de la multa para la infracción del deber. Este segundo enunciado también sirve en los casos de una infracción de deber que, al mismo tiempo, está castigada con pena o multa, cuando el máximo de la multa con la que se castiga la infracción del deber excede del máximo según el primer enunciado». Comentando las características de esta norma, *vid.* por ejemplo, TAG, B.: “§ 130 OWiG”, en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (Hrsg.), *Nomos Kommentar: Gesamtes Strafrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2013, pp. 200-201; MOMSEN, en *Wirtschaftsstrafrecht*, *ob. cit.*, pp. 76-78.

estado de cumplimiento normativo en su empresa, el valor de esa información será muy elevado. Ahora bien, también puede ser que la existencia de un *compliance officer* no elimine el resto de funciones de vigilancia que ya tuviera el administrador de la empresa u otros sujetos⁸⁵. Esto es, es posible que la información que obtenga el empresario del encargado de cumplimiento la reciba (o pueda recibirla) por otras vías. En otras palabras, el cumplimiento de la función de control y vigilancia que obliga al administrador de la empresa no tiene por qué depender, en todo caso, de la actividad que realice el *compliance officer*. Éste puede ser una pieza muy útil respecto a la cantidad y calidad de información que reciba el empresario, pero no tiene por qué ser la única. De nuevo, todo dependerá de la clase de organización empresarial en la que estemos y del sistema que se establezca en ella a los efectos del reporte de la información.

Con todo, veamos cuál es la solución que aquí se propone para las hipótesis arriba planteadas. De entrada, las hipótesis *A* y *C* se vinculan con la cuestión de si, sobre la base de la realización de su función como *compliance officer*, cabe atribuirle responsabilidad por no haber evitado la comisión de un delito a partir de la actividad de la empresa. En cambio, las hipótesis *B* y *D* se relacionan, más bien, con la cuestión de si el *compliance officer* tiene un deber jurídico-penal de denunciar un delito ya cometido.

En primer lugar, para el caso *A*, a través del incumplimiento de su encargo, el oficial de cumplimiento contribuye —dolosa o imprudentemente— al mantenimiento de una situación de riesgo que, finalmente, deriva en un hecho delictivo. Está claro que esta situación de riesgo no la ha creado el encargado de cumplimiento sino que, a lo sumo, con su comportamiento infractor simplemente contribuye al mantenimiento de dicha situación. Así pues, la cuestión clave es si, en caso de

85 Como señala BÜRKLE, en *Corporate Compliance*, ob. cit., el denominado encargado del cumplimiento es una pieza más del sistema de *Compliance*, p. 140.

haber supervisado el cumplimiento normativo de ese departamento, se podría haber evitado o, mejor, contribuido a la evitación de la comisión del delito. A estos efectos, será necesario atender a cuál sea el concreto departamento analizado, a las competencias del empresario respecto del control de la actividad de ese concreto departamento —esto es, si estamos ante competencias de control genérico o de control operativo— y, por supuesto, al valor concreto de la actividad del *compliance officer* en la empresa —especialmente, respecto a la información sobre el cumplimiento normativo que proporciona a la alta dirección—⁸⁶. Solamente si se trata de una situación de riesgo respecto de la que quepa afirmar que la alta dirección tenía un deber de garante específico de evitar los resultados lesivos que de ahí pudieran producirse y que, en esta medida, la correcta actuación del *compliance officer* constituía un elemento relevante para el control de esta situación, podrá llegarse a la conclusión de su responsabilidad penal. Ahora bien, en estos casos, a no ser que se identifique una estructura de instrumentalización del empresario por parte del oficial de cumplimiento, la intervención de este último se vinculará con las formas de participación (por omisión)⁸⁷. A una solución similar debe llegarse en el caso C, esto es, cuando el *compliance officer* detecta un foco de peligro del que se puede derivar la comisión de un delito y no informa al respecto al empresario. De nuevo, lo que debería concretarse en este supuesto es cuáles eran las funciones específicas del encargado de cumplimiento y cuáles eran las vías de información

86 En este sentido, va a ser relevante tener en cuenta cómo se ha configurado el sistema de investigación y denuncia interna en la empresa, en tanto que esto nos indicará si el *compliance officer* es también el encargado de recibir las denuncias de los *whistleblowers* o estos se dirigen a otros miembros de la alta dirección de la empresa. Al respecto, RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing*, ob. cit., p. 128 y ss.; ROTSCH, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., pp. 94-95.

87 La concreta clase de participación, esto es, complicidad, cooperación necesaria o incluso inducción, es algo que va a depender de las concretas características de la organización empresarial, del perfil asumido por el *compliance officer* y de los flujos de información existentes en la empresa.

establecidas en la organización respecto de esa área peligrosa en la que tiene lugar el hecho delictivo.

En cualquier caso, tal y como se ha mencionado anteriormente, es necesario tener en cuenta que el deber del encargado de cumplimiento se limita a «obtener un conocimiento respecto del cumplimiento del Derecho en la empresa» y, en el caso de advertir que algo va mal, «transmitirlo para que lo corrija el competente»⁸⁸. El oficial de cumplimiento es una figura que no tiene autonomía a los efectos de decidir cómo solucionar el incumplimiento normativo detectado en el desarrollo de la actividad de la empresa. En este sentido, y entendiendo que este sujeto no ostenta una posición de garantía que le obligue a la evitación de los delitos cometidos por parte de los trabajadores, sino solamente una posición de garantía interna, la solución más coherente sería la de negar su responsabilidad penal, incluso a título de participación, por la no evitación de los delitos cometidos a partir de la empresa. En efecto, la función del *compliance officer* en una empresa moderna y estructuralmente compleja consiste en supervisar el sistema de cumplimiento y en mantener informado al respecto a la alta dirección. Y esto es un servicio que necesita la alta dirección para cumplir con sus deberes de control genéricos o deberes organizativos. Por tanto, en un supuesto de delincuencia empresarial derivada de una mala gestión por parte de los trabajadores que, como máximo, ocupan el *management* intermedio en la empresa, la responsabilidad jurídica del *compliance officer* no debería ser de naturaleza penal —por lo menos, no en el ordenamiento jurídico-penal español—. A mi modo de ver, de *lege lata*, la posible responsabilidad penal del *compliance officer* se vincularía, también con ciertos problemas de legalidad, con la contravención de los deberes de control en la empresa prevista en § 130 OWiG del Derecho alemán⁸⁹.

Por último, respecto los casos *B* y *D* se plantea la cuestión acerca de si el *compliance officer* tiene un deber jurídico-

88 ROBLES PLANAS, en *Criminalidad de empresa y Compliance*, ob. cit., p. 324.

89 En el mismo sentido, SPRING, *GA* 4/2010, ob.cit., p. 222 y ss.

penal de denunciar los delitos cometidos por los trabajadores a partir de la actividad de la empresa. En concreto, en el caso *B* el *compliance officer* no ha supervisado el departamento del que se deriva el delito de empresa y, en esta medida, ni lo ha detectado ni lo ha denunciado. En el caso *D*, en cambio, sí ha cumplido inicialmente con su función pero, posteriormente, no informa de la correspondiente infracción al empresario. Más allá de la obligación de investigación interna que al respecto tenga el encargado de cumplimiento y de las sanciones disciplinarias que de cuyo incumplimiento puedan derivarse⁹⁰, de *lege lata* no cabe afirmar que este sujeto tenga un deber jurídico-penal de denunciar estos hechos⁹¹. Incluso conforme a lo establecido en el art. 450 CP —si bien se trata de un delito de omisión pura del deber de promover la persecución de delitos—, y entendiendo que, según el escenario delictivo del que aquí se parte, los delitos de empresa que pueda llegar a advertir el *compliance officer* no son ninguno de los previstos en esta norma, en muchos casos tampoco podría afirmarse su responsabilidad penal por no haber promovido su persecución⁹².

90 Debiéndose tener en cuenta, en este sentido, cómo se haya configurado el sistema de investigaciones internas en la propia empresa. Al respecto, por ejemplo, GOÑI SEIN, J. L.: “Sistemas de denuncia interna de irregularidades (Whistleblowing)”, en *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, 2011, pp. 324-328; EL MISMO: “Programas de cumplimiento empresarial (*Compliance Programs*): Aspectos laborales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid, 2014, pp. 399-402; GRÜTZNER, en *Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., p. 307 y ss.; ROTSCHE, en *Handbuch Wirtschaftsstrafrecht*, ob. cit., pp. 90-95.

91 Cabe señalar que, si bien en la LECrim española (arts. 259 a 264) se establece un deber jurídico de denunciar incluso por parte de aquellos que no hayan sido testigos directos de los hechos, el incumplimiento de este deber solamente supone la aplicación de sanciones simbólicas. Al respecto, GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación*, pp. 90-92; RAGUÉS I VALLÉS, *Whistleblowing*, ob. cit., pp. 42-44.

92 En este sentido, si bien refiriéndose al deber penal de denunciar de los trabajadores en general, GARCÍA MORENO, B.: “Lección VII. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Madrid, 2014, pp. 220-223.

V. Algunas consideraciones finales

Tras la era del cumplimiento normativo lo que se pretende es reducir los espacios de riesgo tolerables en el marco de la actividad empresarial. Y esto es algo no solamente aplicable respecto del ámbito de actuación de la propia organización, sino también en relación con sus miembros individuales. Desde la perspectiva de la responsabilidad penal individual, hay que tener en cuenta que el sistema de cumplimiento implantado en una empresa sirve, según la doctrina, como «fuente fundamental de normas de cuidado, en cuanto que concreta los niveles de diligencia dentro de la empresa»⁹³. Ahora bien, en mi opinión, esto significa que, desde un punto de vista jurídico-penal, más que subrayar el valor de la prevención de conductas antinormativas, lo que en realidad realza la implementación de un *criminal compliance* en la empresa es el valor de la adquisición de conocimiento. En efecto, a través de la implementación de un programa de cumplimiento lo que se persigue es asegurar que el órgano de dirección que, especialmente en empresas estructuralmente complejas, está más al margen de la vida operativa de su organización posea cada vez mayor información al respecto. De este modo, recibiendo mayor información y teniendo un deber organizativo —aunque sea genérico— que le permite intervenir en el devenir empresarial se excluye un alegato en su defensa respecto a su posible actuación imprudente. Y es que, con la operatividad de un adecuado sistema empresarial de cumplimiento, sus deberes de control y vigilancia (genéricos o estratégicos) tienen mayor oportunidad de actualizarse⁹⁴. Esto resulta, cuando menos, paradójico pues, precisamente, el *criminal compliance* se ha descrito como un “intento de exonerar de responsabilidad penal a los directivos de las (grandes) empresas”⁹⁵.

93 BERMEJO/PALERMO, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, ob. cit., p. 186; en el mismo sentido, BOCK, en *Wissenschaftliche und praktische Aspekte*, ob. cit., pp. 66-67.

94 También en este sentido, REICHERT, *ZIS* 3/2011, ob. cit., p. 121.

95 ROTSCH, *Indret* 1/2012, ob. cit., p. 7.

Ahora bien, el sistema de *compliance* no puede pasar por encima de los que son los propios criterios de imputación de responsabilidad penal empresarial. Así, debe tener en cuenta que el empresario o administrador, aun considerando que ostenta una posición de garante respecto a los riesgos que se generen de la actividad empresarial, no siempre va a ser el principal responsable e, incluso, puede que ni siquiera sea penalmente responsable por los delitos cometidos a través su empresa. En esta medida, tampoco puede obviarse el hecho de que cada organización empresarial se estructura funcionalmente de una forma determinada y que, incluso en los casos en los que el delito se explique por una mala gestión empresarial, ésta no siempre es atribuible a la alta dirección. Por tanto, aunque las medidas de *compliance* supongan una puesta al día de los deberes de control y vigilancia del empresario, ello no significa que éste tenga que ser necesariamente responsable por la no evitación de todos los delitos que se cometan en la empresa por parte de sus miembros.

Junto con el empresario o administrador, el otro gran protagonista aquí es el denominado *compliance officer* o encargado de cumplimiento. De momento, las funciones de este sujeto no están delimitadas ni legal ni reglamentariamente. Sin duda, esto dificulta cualquier valoración acerca de su posible responsabilidad penal. Aun así, una parte de la doctrina se esfuerza por concretar la esfera de competencia del *compliance officer*. A estos efectos, es importante tener en cuenta la naturaleza de su intervención en la supervisión de la conformidad normativa en la empresa y en la transmisión de la información al respecto a la alta dirección. Si bien la concreción de sus funciones y de su correspondiente responsabilidad va a depender de las características específicas de cada caso, considero que en las empresas de ciertas dimensiones, en las que ya existen encargados de la prevención de riesgos sectoriales (laborales, ambientales, financieros, etc.), la función del *compliance officer* no va a suponer más que un apoyo a la función de control genérica del empresario. Este sujeto no es un delegado del empresario, sino un profesional privado con unos determinados conocimientos técnicos

por los que ha recibido un encargo para ejecutar una función de supervisión. Esta función consiste en controlar que la empresa y sus trabajadores realicen su actividad de conformidad con la normativa vinculante. Ahora bien, en mi opinión, el encargado de cumplimiento no asume una posición de garantía frente a la evitación de los delitos que puedan cometerse a través de la actividad empresarial. La única posición de garantía que, en su caso, podría ostentar el *compliance officer* es de carácter interno, esto es, dirigida a asegurar que del incumplimiento de la normativa que vincula a la organización y a sus miembros no se deriven daños para la empresa. Por tanto, y siempre y cuando no estemos ante supuestos de adaptación dolosa a la conducta criminal de terceros, las posibilidades de atribuir responsabilidad penal al *compliance officer* por el incumplimiento de sus funciones son muy reducidas.

De nuevo, los que deberían seguir siendo el principal objeto de mira para la atribución de responsabilidad penal por delitos de empresa son los sujetos autorresponsables que han tomado las decisiones de gestión —estratégica u operativa— que explican que el delito se haya cometido. En muchas ocasiones, y más allá de los supuestos en los que la actividad delictiva surja del propio órgano de administración de la empresa, éstos serán los directivos específicos de cada área operativa de la empresa. De este modo, a no ser que el *compliance officer* se conforme como una figura que centraliza toda la supervisión del cumplimiento normativo en la empresa —disponiendo de facultades autónomas de decisión también respecto de las medidas correctivas— y, además, posea el monopolio de la información sobre cumplimiento, no queda más remedio que excluir su posible responsabilidad penal por la no evitación de los delitos cometidos a través de la empresa.

VI. Bibliografía

ACHENBACH, H., “Zur aktuellen Lage des Wirtschaftsstrafrechts in Deutschland”, *GA* 10/2004, pp. 559-574.

- ARTAZA VARELA, O., “Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 231-271.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., *Compliance y Derecho penal*, Cizur Menor, 2011.
- BERMEJO, M./PALERMO, O., “La intervención delictiva del *Compliance Officer*”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J.P./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 171-205.
- BOCK, D., “Stand der strafrechtswissenschaftlichen Compliance-Diskussion in Deutschland”, en ROTSCH, *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Baden-Baden, 2012, pp. 63-76.
- BÜRKLE, J., “Compliance-Beauftragte”, en HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin, 2010, pp. 136-162.
- BUSSMANN, K.-D., “Sozialisation in Unternehmen durch Compliance”, en HELLMANN, U./SCHRÖDER, CH. (Hersg.), *Festschrift für Hans Achenbach zum 70. Geburtstag am 13. Oktober 2011*, München, 2011, pp. 57-82.
- COCA VILA, I., “Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada”, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, pp. 43-76.
- CORCOY BIDASOLO, M., “Algunas cuestiones político-criminales sobre la corrupción privada. Límites y eficacia de los *compliance*”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 161-194.

- DEMETRIO CRESPO, E., *Responsabilidad penal por omisión del empresario*, Madrid, 2009.
- DEMETRIO CRESPO, E., “Fundamento de la responsabilidad en comisión por omisión de los directivos de las empresas”, en SERRANO PIEDECASAS, J. R./DEMETRIO CRESPO, E. (Dir.), *Cuestiones actuales de Derecho penal empresarial*, Madrid, 2010, pp. 11-37.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica”, en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN, A. (dir.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Valencia, 2013, pp. 165-189.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J., “Posición de garante del *Compliance Officer* por infracción del ‘deber de control’: una aproximación tónica”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 337-363.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B., “Imputación de hechos delictivos en estructuras empresariales complejas”, *La Ley penal*, núm. 40, 2007.
- FISCHER, Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 62. Aufl., München 2015.
- GALLEGRO SOLER, I., “Criminal Compliance y proceso penal: reflexiones iniciales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 195-229.
- GARCÍA CAVERO, P., *Criminal Compliance*, Piura, 2014.
- GARCÍA MORENO, B., “Lección VII. Whistleblowing y canales institucionales de denuncia”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 205-230.
- GODENZI, G./WOHLERS, W., “Die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Compliance Officers: Prüfstein der Geschäftsherrenhaftung?”, en CAVALLO, A. *et al.* (coords.), *Liber*

- amicorum für Andreas Donatsch: im Einsatz für Wissenschaft, Lehre und Praxis*, Zürich-Basel-Genf, 2012, pp. 223-248.
- GÓMEZ-JARA DíEZ, C., “La culpabilidad de la persona jurídica”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SANCHEZ, B./GÓMEZ-JARA DíEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2012, pp. 153-180.
- GÓMEZ-JARA DíEZ, C., “La atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas”, en BAJO FERNÁNDEZ, M./ FEIJÓO SANCHEZ, B./GÓMEZ-JARA DíEZ, C., *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2012, pp. 181-210.
- GÓMEZ POMAR, F./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., *Chantaje e intimidación: Un análisis jurídico-económico*, Cizur Menor 2005.
- GOÑI SEIN, J. L., “Sistemas de denuncia interna de irregularidades (Whistleblowing)”, GOÑI SEIN, J. L. (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, 2011, pp. 319-355.
- GOÑI SEIN, J. L., “Programas de cumplimiento empresarial (Compliance Programs): Aspectos laborales”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 367-419.
- GRÜTZNER, Th., “Interne Ermittlungen“, en MOMSEN, C./ GRÜTZNER, Th., *Wirtschaftsstrafrecht. Handbuch für die Unternehmens- und Anwaltspraxis*, 1. Aufl., München, 2013, pp. 307-513.
- HAAS, V., “Die Beteiligung durch Unterlassen”, *ZIS* 5/2011, pp. 392-297.
- HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin, 2010.
- HAUSCHKA, CH. E., “Zum Berufsbild des Compliance Officers“, *CCZ* 4/2014, pp. 165- 170.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, H., “Die Betriebsbezogenheit der Garantstellung von Leitungspersonen im Unternehmen“, en

- FREUND, G. *et al.* (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 333-348.
- KINDHÄUSER, U., § 13, *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar*, 6. Aufl., Baden-Baden, 2015.
- KÖLBEL, R., “Corporate Crime, Unternehmenssanktion und kriminelle Verbandsattitüde”, en HEFENDEHL, R. *et al.* (Hrsg.), *Streitbare Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Bernd Schünemann zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2014, pp. 775-786.
- KONU, M., *Die Garantenstellung des Compliance-Officers*, Berlin, 2014.
- KRÜGER, M., “Beteiligung durch Unterlassen an fremden Straftaten. Überlegungen aus Anlass des Urteils zum Compliance Officer”, *ZIS* 1/2011, pp. 1-8 (www.zis-online.com).
- KUHLEN, L., “Cuestiones fundamentales de *Compliance* y Derecho penal”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J. P./ORTIZ DE URBINA, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 51-76.
- LAMPERT, Th., “Compliance-Organisation”, en HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin 2010, pp. 163-178.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., *Los delitos de omisión: fundamento de los deberes de garantía*, Madrid, 2002.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., “Salvar al oficial Ryan”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V., *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid-Buenos Aires-Montevideo, 2014, pp. 301-336.
- LASCURÁIN SÁNCHEZ, J. A., “Lección V. La delegación como mecanismo de prevención y de generación de deberes penales”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 165-185.

- LASCURAIN SÁNCHEZ, J. A., “Lección IX. La responsabilidad penal individual por los delitos de empresa”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 271-303.
- LEHMANN, E. E., “Corporate Governance, Compliance & Crime”, en ROTSCH, Th., *Wissenschaftliche und praktische Aspekte der nationalen und internationalen Compliance-Diskussion*, Baden-Baden, 2012, pp. 43-61.
- MANSDÖRFER, M., “Die Verantwortlichkeit der Unternehmensleitung bei geheimen Abstimmungen“, en FREUND, G. et al. (Hrsg.), *Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems. Festschrift für Wolfgang Frisch zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2013, pp. 315-331.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa*. PG, 4ª. ed., Valencia, 2014.
- MERZ, M., “§ 13 Begehen durch Unterlassen”, en GRAF, J. P./ JÄGER, M./WITTIG, P. (Hrsg.), *Wirtschafts- und Strafrecht*, München, 2011, pp. 71-85.
- MOMSEN, C., “Der ‘Compliance-Officer als Unterlassensgarant’”, en PAEFFGEN, H.-U. et al (Hrsg.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Berlin, 2011, pp. 751-766.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R., *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*, Barcelona, 2008.
- MONTIEL, J. P., “Aspectos fundamentales de la responsabilidad del Compliance Officer en el Derecho Argentino”, *Revista Argentina de Derecho Penal y Procesal Penal*, núm. 17, 2015.
- NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Madrid, 2008.
- NIETO MARTÍN, A., “Lección II. Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 47-109.

- NIETO MARTÍN, A., “Lección III. Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 111-134.
- NIETO MARTÍN, A., “Lección VI. La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en NIETO MARTÍN, A. (Dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Valencia, 2015, pp. 187-204.
- NUÑEZ CASTAÑO, E., *La responsabilidad penal en la empresa*, Valencia, 2000.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento empresarial («Compliance Programs»)”, en GOÑI SEIN, J. L., (Dir.), *Ética empresarial y códigos de conducta*, Madrid, 2011, pp. 95-135.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, I., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. The American Way”, en MIR PUIG, S./CORCOY BIDASOLO, M./GÓMEZ MARTÍN, V. (Dir.), *Responsabilidad de la empresa y compliance: programas de prevención, detección y reacción penal*, Montevideo-Buenos Aires, 2014, pp. 35-88.
- PIETH, M., “Co-Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht”, en HERZOG, F./NEUMANN, U. (Hrsg.), *Festschrift für Winfried Hassemer zum 70. Geburtstag am 17. Februar*, Heidelberg, 2010, pp. 891-898.
- PRITTWITZ, C., “La posición jurídica (en especial, posición de garante) de los *Compliance Officers*”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J.P./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 207-218.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., *Whistleblowing. Una aproximación desde el Derecho penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2013.
- RAGUÉS I VALLÈS, R., “Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa”, en SILVA SÁNCHEZ, J. M. (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R.

- (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, pp. 161-196.
- RANSIEK, A., “Zur strafrechtlichen Verantwortung des Compliance Officers”, *AG* 5/2010, pp. 147-153.
- REICHERT, J., “Reaktionspflichten und Reaktionsmöglichkeiten der Organe auf (möglicherweise) strafrechtsrelevantes Verhalten innerhalb des Unternehmens”, *ZIS* 3/2011, pp. 113-122.
- ROBLES PLANAS, R., *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona, 2007.
- ROBLES PLANAS, R., “El responsable de cumplimiento («Compliance Officer») ante el Derecho penal, en SILVA SÁNCHEZ, J.M. (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, pp. 319-331.
- RÖNNAU, TH./SCHNEIDER, F., “Der Compliance-Beauftragte als strafrechtlicher Garant”, *ZIP* (2) 2010, pp. 53-61.
- ROTSCH, TH., “Criminal Compliance”, *InDret* 1/2012, pp. 1-11.
- ROTSCH, TH., *Criminal Compliance*, Baden-Baden, 2015, pp. 31-81.
- ROTSCH, TH., “Criminal Compliance”, en ACHENBACH, H./RANSIEK, A./RÖNNAU, TH. (Hrsg.), *Hanbuch Wirtschaftsstrafrecht*, 4. Aufl., Heidelberg- München-Landsberg-Frechen-Hamburg, 2015, pp. 52-103.
- RUEDA MARTÍN, M^a A., *¿Participación por omisión? Un estudio sobre la cooperación por omisión en un delito de acción doloso cometido por un autor principal*, Barcelona, 2013.
- SCHMIDT-HUSSON, F. G., “Delegation von Organpflichten”, en HAUSCHKA, CH. E., *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 2. Aufl., Berlin, 2010, pp. 116-135.
- SCHNEIDER, H./GOTTSCHALDT, P., “Offene Grundsatzfragen der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Compliance Beauftragten in Unternehmen”, *ZIS* 7/2011, pp. 573-577.

- SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1979.
- SCHÜNEMANN, B., “Strafrechtsdogmatische und Kriminalpolitische Grundfragen der Unternehmenskriminalität”, *Wistra* 1982, núm. 2, pp. 41-50.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español”, en Silva Sánchez, J.M. (Dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ, R. (Coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, 2013, pp. 15-42.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Deberes de vigilancia y Compliance empresarial”, en KUHLEN, L./MONTIEL, J.P./ORTIZ DE URBINA GIMENO, I. (Eds.), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo, 2013, pp. 79-105.
- SILVA SÁNCHEZ, “Derecho penal regulatorio”, Editorial. *Indret* 2/2015.
- SPRING, P., “Die Garantenstellung des Compliance Officers oder: Neues zur Geschäftsherrenhaftung”, *GA* 4/2010, pp. 222-227.
- STREE/BOSS, “§ 13 Begehen durch Unterlassen”, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, 29. Aufl., München, 2014.
- TAG, B., “§ 130 OWiG”, en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Gesamtes Strafrecht*, 3. Aufl., Baden-Baden, 2013.
- WARNEKE, N., “Die Garantenstellung von Compliance-Beauftragten”, *NSiZ* 2010, p. 312 y ss.
- WOHLERS, W./GAEDE, K., “§ 13 StGB. Begehen durch Unterlassen”, en KINDHÄUSER, U./NEUMANN, U./PAEFFGEN, H.-U. (Hrsg.), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, Band I, 4 Aufl., Baden-Baden, 2013, pp. 579-620.