

## RECENSIÓN

### Reflexiones a propósito de “LO QUE NO SE DICE SOBRE EL *CRIMINAL COMPLIANCE*”, de Paulo César Busato

Sergio Pérez González  
Profesor de Derecho penal  
Universidad de La Rioja

El artículo escrito por el profesor Paulo César Busato, “Lo que no se dice sobre el *Criminal Compliance*”, supone sin duda una utilísima aportación doctrinal sobre un tema muy actual. Y aportar sobre lo muy actual nunca es fácil. La contribución es útil por radical, es decir, por el modo en que el profesor Busato aborda la raíz de la cuestión, que no es otra que la naturaleza de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, a partir de ella, la de los sistemas de cumplimiento (modelos de prevención del delito en el interior de las empresas) como fórmulas de exención de responsabilidad penal. Las especulaciones en torno a este asunto llevan al autor a elevar la voz frente al “elocuente silencio” (p.22) que parece soslayar los disloques del entramado jurídico en cuestión.

El artículo se construye sobre una hipótesis desde la cual pautar las contradicciones en la aplicación de los programas de cumplimiento: frente a la dogmática penal, puede notarse en los últimos tiempos “la incorporación por cierto sector de la doctrina del discurso jurídico-penal en clave funcionalista sistemática” (p.2). Sobre esta tensión se teje, entonces, la malla de desajustes que, en último término, cobra un sentido socio-político concreto y denunciado abiertamente por Busato: “salvar a los poderosos” (p.22).

De este modo, el artículo parece tratar de desvelar una intuición: la expresión legal del *Compliance* estaría orientada por intereses económicos y políticos muy concretos. Pero el campo de batalla analítico para procurar el desvelamiento de esta intuición es jurídico: la aplicación de los sistemas de cumplimiento desoye los principios rectores del derecho penal, sostenida sobre una desincronización inquietantemente funcional. Porque sucede para el autor que “el bastión dogmático ha cedido paso a la realidad criminológica y a la necesidad político criminal” (p.7), lo que a efectos prácticos significa devaluar el alcance y sentido de dos valores fundamentales de la dogmática penal (al menos como la conocíamos hasta ahora): la igualdad y la libertad. Solo si notamos esa devaluación, habremos dado con una causa de ilegitimidad del *Criminal Compliance* y, por tanto, la tesis sostenida en el artículo tendrá sentido, según sostiene el propio autor (p.28).

Para apuntalar su toma de posición, Busato realiza, en primer lugar, una breve contextualización del proceso de expansión y estandarización del *Compliance*, vinculándolo a la proyección de la imagen de grandes empresas en ciertos entornos de mercado (p.3). Los sistemas de cumplimiento, cabría elucubrar siguiendo la lógica del autor, serían un mero estiramiento de los códigos éticos o programas de responsabilidad

corporativa de las empresas que, a modo de ejercicio de transparencia, pretenderían generar confianza en el mercado. Sin duda, se trataría de intereses espurios que desvirtuarían la función del derecho penal (el interés empresarial de proyectar una marca limpia sería, paralelamente, una causa de exención de responsabilidad penal); sin embargo, lo que el autor trata como crítica podría reconducirse como virtud, en tanto que la función simbólica del derecho penal podría adquirir un alto grado de eficacia en un entorno de sujetos tan sensibles al estigma social como las empresas. Pensemos, señaladamente, en personas jurídicas vinculadas a una marca en un mercado; no solo mercado comercial, sino también aquellas personas jurídicas que deben mostrarse *limpias* por el tipo de público, cliente o elector al que se dirigen (nótese en España, por ejemplo, la mácula penal que en los últimos años persigue, en tanto que personas jurídicas, al club de fútbol FC Barcelona o al partido político en el Gobierno, Partido Popular). Por todo esto, aun sin desmerecer la crítica del autor, hay margen para sostener que el derecho penal pueda aprovechar legítimamente, bajo criterios de eficacia y efectividad, el perfil del destinatario de la norma; al fin y al cabo, las funciones de prevención del derecho penal están sustentadas sobre criterios de aprehensión psico-social de la pena, como demérito de la persona; criterios que apenas se ponen en duda por la doctrina.

Pero no solo es la motivación espuria de los *Compliance*, según Busato, la que los pone en tela de juicio. El movimiento elemental que se produce en esta estandarización de los sistemas de cumplimiento es el de la privatización de la función penal (p.5); con ello, la empresa podría discriminar a voluntad la persecución de ciertos delitos (p.4). En esta lógica, la inseguridad se derivaría de la *parálisis* del *Soberano*, que propone el juego del *Compliance* hipotecando su margen de reprobación a que la persona jurídica tenga interés en perseguir los delitos cometidos en su interior. Lo que el autor no nota, sin embargo, es que el interés de la empresa viene, a su vez, movido por la amenaza del Estado. Dicho de otro modo, la empresa tendría interés en desvelar los delitos en su interior si el Estado tiene interés (y capacidad) por desvelar los delitos no desvelados por la empresa. Y, teóricamente, el Estado no tiene en esto interés, sino obligación (cabría estirar la crítica de Busato si validamos que el Estado, entonces, relajaría sus atenciones policiales al interior de la empresa; al igual que cabe esta crítica, en un sentido más general, a propósito de cómo la Administración criba sus búsquedas de delitos según parámetros que retan las prohibiciones constitucionales de discriminación).

Por tanto, la clave de bóveda sobre la que descansa el artefacto jurídico del *Compliance* es, para el autor, la naturaleza misma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: ¿Estamos ante una lógica autorregulativa (la empresa se controla a sí misma) o, sin abandonar el perímetro de lo penal, permanecemos en una lógica heterorregulativa, en la que es el Estado el que controla a las empresas? (p.4). A mi juicio (que no está en contradicción directa con lo afirmado por el autor) lo que sucede es que en la relación entre derecho penal y empresa rozan dos tendencias regulativas de signo contrario, lo que problematiza teorizar sobre la naturaleza del derecho penal *en* la empresa. Y es que la empresa, por definición, dispone un ámbito relacional de sujetos especiales (empresario/trabajador) que, históricamente, ha quedado velado a ojos del

*Soberano*; es cierto que, a través del derecho laboral y societario, el Estado ha ido imponiendo una serie de indisponibilidades regulativas, pero en esencia la empresa fue un limbo regulativo en el que ciertos sujetos marcaban sus normas en un espacio y tiempo determinados (conviene recordar aquí la tesis de Weber sobre la empresa como el elemento diferenciador del capitalismo occidental, como invención jurídica crucial para la acumulación de riqueza y reproducción del capital, que fue exclusiva del Occidente burgués<sup>1</sup>). La disciplina interna del asalariado fue desde sus inicios una excepción inédita al control del *Soberano*; y cuando, en los tiempos contemporáneos, el derecho penal (vale decir, la expresión más rotunda del *Soberano*) interfiere en ese perímetro privado, la naturaleza del derecho resultante es un tanto esquiva. Sucedería, en mi opinión, una suerte de injerencia del *softlaw* en el derecho más duro (el penal), lo que genera no pocos desajustes conceptuales que coloca al *Compliance* en un punto inestable entre autorregulación y heterorregulación (encaja esta estrategia en el rebufo de la racionalidad gerencial en el sistema penal)<sup>2</sup>. Las catalogaciones con pretensiones absolutas, por tanto, serían siempre especulativas e insuficientes.

Aupada a esta naturaleza vaporosa de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por extensión, del *Compliance*, lo cierto es que su praxis resulta contradictoria. La misma racionalidad lingüística o técnico-jurídica de la norma penal parece, en opinión de Busato, poco coherente (p.16): la exigencia de que el *Compliance* sea eficaz (en concreto, en España, así lo exige el art.31bis.4 CP) quedaría encerrada en una paradoja irresoluble si, precisamente, para que el *Compliance* entre en funcionamiento, el delito ha debido cometerse y, por tanto, el *Compliance* no fue eficaz. Dicho de otro modo, el único sistema de cumplimiento eficaz, según el criterio exigido desde el derecho penal, es el que nunca tenga que actuar como exención de responsabilidad. Y, en este círculo lógico, el *Compliance* pierde su sentido.

Al rebufo del funcionalismo sistémico, estas paradojas y contradicciones solo pueden superarse relajando las exigencias dogmáticas para reducir las causas de responsabilidad de las personas jurídicas a una quiebra de las expectativas (“vigencia de la norma”, diría Jakobs<sup>3</sup>), por la que la empresa debe responder en la medida en que hay un defecto en su organización (p.10). A esto, por tanto, parece reducirse la clave material de la dinámica penal empresarial; solo así puede funcionar sin roces dogmáticos que la hagan inaplicable. Pero esta solución, como sostiene Busato, tiene su coste.

El *Criminal Compliance* supone, en la lógica denunciada por el autor, una palanca funcionalista para que la responsabilidad de la empresa pueda sostenerse de algún modo (de cualquier modo), generando una mayor expectativa de cumplimiento de la

---

<sup>1</sup> WEBER, M., *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. J. Pérez, Madrid: Akal, 2015 [1920], p. 86

<sup>2</sup> Sobre la introducción de esta racionalidad en el sistema penal español, puede consultarse BRANDARIZ GARCÍA, J.A., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Madrid: Dykinson, 2016

<sup>3</sup> JAKOBS, G., *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid: Civitas, 2003, pp. 59 y ss.

norma (se espera, con esta ingeniería jurídica, que las empresas cometan menos delitos; y, con ese resultado estadístico, vale). Tan central es el papel funcionalista de los sistemas de cumplimiento que, en opinión de Busato, la atención sobre la naturaleza jurídica de la responsabilidad penal de la empresa se ha trasladado al *Compliance*, que la va a determinar –“la cola que mueve al perro”, propone el autor como metáfora (p.12)–. A partir del modo de funcionar del *Compliance*, se induce una naturaleza de la responsabilidad de la empresa, volteando el itinerario dogmático lógico y, por tanto, garantista (al menos garantista en un cierto sentido): como no está claro cuál es la naturaleza de la responsabilidad, se evita que esta se produzca, pervirtiendo así el sentido y función del derecho penal, que ha quedado reducido a amenaza fatua, a *tigre de papel*.

Así que la siguiente tarea –desreferenciada– pasa por señalar la naturaleza dogmática del *Compliance*: ¿Exención, causa de atipicidad, de justificación, de exculpación...? En este limbo, también resultan inciertas numerosas circunstancias procesales, relativas a la necesidad, o no, de que el Ministerio Fiscal deba verificar *motu proprio* la concurrencia del sistema de cumplimiento eficaz (p.14): si el *Compliance* fuera parte de la tipicidad, debería verificarse por la acusación su concurrencia, de tal modo que la organización defectuosa del sistema de prevención del delito sería un elemento del tipo necesario para cualquier delito cometido por las personas jurídicas. Y esta hipótesis, sin duda, es perturbadora desde el punto de vista práctico, causando una gran inseguridad jurídica.

Es también necesaria, a juicio de Busato, otra fijación doctrinal que la aplicación de los sistemas de cumplimiento deja en el aire: ¿La responsabilidad de las personas jurídicas es de ellas mismas o es una consecuencia de la responsabilidad penal de las personas físicas? Las categorías dogmáticas de la acción libre, el dolo o la culpabilidad quedan completamente determinadas por este apriorismo mal fijado (p.10). Ante estos terrenos doctrinales tan movedizos, el autor aboga por una fundamentación rotunda que ofrezca referencias ciertas a la praxis; se trataría de vincular la responsabilidad penal de la empresa a los hechos cometidos solo por la empresa misma –aunque sin desarrollarlo, Busato apoya esta posición en la teoría de la concepción significativa de la acción<sup>4</sup>–. Sobre este presupuesto, tendría muy mal encaje dogmático que tanto la atribución de responsabilidad como la posible exención para la empresa provengan de otros sujetos distintos a la misma persona jurídica (p.21). Que el destino penal de un sujeto dependa del comportamiento de otros parece, en cualquier caso, una afrenta a los postulados dogmáticos más básicos que sustentan nuestro sistema penal.

Esta inseguridad y volteo de las garantías clásicas derivada de la lógica de los sistemas de cumplimiento despliega su función social y económica en un doble sentido, confirmando así la intuición del autor que notábamos al inicio: la relajación dogmática en la aplicación del *Compliance* funciona, por un lado, como defensa anticipada de la empresa y, por otro, como salvaguarda de los altos directivos, que quedan escudados en la responsabilidad de los gestores del *Compliance* mismo; estos empleados pasan a ocupar una suerte de posición de garante, como potenciales autores del delito por

---

<sup>4</sup> Véase VIVES ANTÓN, 1996, pp. 218 y ss.; y MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2016, pp. 30 y ss.

omisión (pp.17-18). Resulta escandaloso, en opinión del autor, que la delegación en los *Compliance Officer* sirva, por tanto, como descargo de responsabilidad para los delegantes (una suerte de comercio de la culpa). Para Busato, estas prácticas funcionales resultan incompatibles con la esencia básica de lo penal; y es que quizás pueda caber este traslado de responsabilidades en otros planos jurídicos, pero no en el penal (p.20).

Este enjambre normativo de culpas y descargas tiene otras implicaciones de calado. En concreto, el autor refiere la “preocupación respecto de la necesidad de preservación de igualdad en el sistema penal” (p.22). Y es que el *Compliance*, como estrategia de evasión de culpabilidades (o aun de tipicidades), solo está a disposición de las personas jurídicas (sujetos que, además, “gozan de más autosuficiencia”) (p.23), discriminando así a las personas físicas, que no cuentan con un sistema previsor capaz de otorgar inmunidad independientemente del modo e *iter* de comisión del delito. Para ilustrar esta discriminación, el autor propone una casuística caricaturesca de lo que ese escudo penal supondría (p.24); aunque tal vez podría modularse esta perspectiva sobre la casuística si consideramos algunos delitos más relacionados con lo económico: en España, por ejemplo, el delito contra la Hacienda Pública cuenta con cláusulas de descarga de responsabilidad respecto de las personas físicas; cláusulas un tanto nebulosas desde el punto de vista dogmático –v. gr. art. 305.4 CP–, aunque intensamente aplicadas, por lo que no parece que el derecho penal, en aras de la eficacia, vaya a descabalar de su estrategia funcionalista en estos terrenos económicos.

Frente a los argumentos utilitaristas, el autor contrapone que son precisamente las grandes empresas, dotadas de contrastados sistemas de cumplimiento, las causantes de notorios desmanes (Enron, Worldcom y Global Crossing, por ejemplo) (p.26). Por ello, la “razonabilidad” la encuentra el autor en la tradición estadounidense y en la interpretación del sentido del *Compliance* que recientemente ha hecho la *U.S. Federal Sentencing Guidelines for Organizations*: como “bases de referencia en la composición de la carga penal” (p.26) y no ya como elemento clave de la imputabilidad. Este sentido utilitarista de los sistemas de cumplimiento penal tendría un traslado al sistema jurídico continental en clave de atenuación de la pena (lo que en parte ya se recoge en el ordenamiento jurídico español a través del art. 31bis.2.4º y 31bis.4 CP).

Sin embargo, esta propuesta del profesor Busato no resta las incoherencias destacadas por él mismo durante su artículo. Digamos que el autor propone una solución menos dañina para las bases garantistas penales, aunque lastrada por las mismas contradicciones del modelo vigente. Y es que no parece haber una solución armónica si seguimos comprendiendo la expansión del derecho penal a partir de su estatismo dogmático. Porque la inercia (neo)kantiana de nuestra dogmática penal resulta un tanto refractaria ante cualquier anomalía del entorno. Así es que, enraizados en ciertos apriorismos cognitivos penales, nuestro sistema punitivo no está en condiciones de resultar eficaz en determinados contextos, señaladamente los de una economía global y financiera. La conjunción del sistema penal con la regulación empresarial –es decir, el cruce de dos líneas regulativas que, históricamente, se han ignorado en su paralelismo– parece haber eclosionado fatalmente, resultando un derecho mixto y desnaturalizado dogmáticamente.

Cabe, por tanto, una discusión ulterior, que el autor no aborda pero que se desprende de su crítica: y es que, tal vez, deban modularse los principios inspiradores del *ius puniendi* en ámbitos relativos a bienes jurídicos altamente mediatizados; o sea, aquellos ámbitos en los que el daño no se produce figurativamente *sujeto vs. sujeto* – que es la escenografía sobre la que se ha construido históricamente la dogmática penal–. La idea clásica de la ética formal, kantiana, sobre la que han sedimentado los principios penales, no alcanza a recoger la complejidad material de las causalidades económicas actuales; y en esas causalidades complejas es en las que se activan la responsabilidad penal de la persona jurídica y el *Criminal Compliance*.

De las opiniones de Busato se deduce, *prima facie*, que, ante esta demanda utilitarista, los criterios de agilidad devaluarían la dogmática penal y, con ella, la democracia misma (p.23). Siguiendo esta tesis, lo menos arriesgado desde el punto de vista de las garantías penales sería deslindar estos terrenos accidentados de la dogmática penal clásica. Esto nos remite a proyectos un tanto volátiles y, hasta la fecha, poco desarrollados, como los propuestos por Hassemer (“Derecho de intervención”) o Silva Sánchez (en clave de *velocidades*);<sup>5</sup> propuestas que, si atendemos a críticas doctrinales tan oportunas como la del profesor Busato, pronto tendrán que ir sustanciándose en normativas concretas para, de algún modo, evitar cortocircuitos jurídicos y *silencios elocuentes*. Veremos.

---

<sup>5</sup> Cfr. HASSEMER, W., *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en derecho penal*, trad. F. Muñoz Conde y M.M. Pita Díaz, Santa Fe de Bogotá: Temis, 1999, p. 32; y SILVA SÁNCHEZ, J.M., *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas, 2001, pp. 159 y ss; pp. 163 y ss.