

CRIMINAL COMPLIANCE

PERCY GARCIA CAVERO
Profesor Ordinario Principal
Universidad de Piura

Criminal Compliance

Palestra Editores
Lima — 2014

COLECCIÓN JURÍDICA
Facultad de Derecho - Universidad de Piura

CRIMINAL COMPLIANCE
PERCY GARCÍA CAVERO

Primera edición de Palestra Editores, febrero de 2014

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de su autor.

© Copyright : PERCY GARCÍA CAVERO
© Copyright 2014 : PALESTRA EDITORES S.A.C.
Jr. Ica 435 of. 201 Lima 1 - Perú
Telefax: (511) 7197-628/7197-629
palestra@palestraeditores.com
www.palestraeditores.com

Impresión y Encuadernación:
GRÁNDEZ GRÁFICOS S.A.C.
Mz. E. Lt. 15 Urb. Santa Rosa de Lima – Lima 39 - Perú

Los derechos por esta edición de la obra pertenecen a Palestra Editores.

Diagramación y diseño de carátula: ALAN OMAR BEJARANO NOBLEGA
Motivo de carátula: MATE PIROGRABADO. FAUNA MARINA. CHIMÚ. COSTA NORTE. S 11 DC

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ N.º 2014-01266

ISBN: 978-612-4218-03-3

Tiraje: 1000

Impreso en el Perú

Printed in Peru

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	7
INTRODUCCIÓN.....	9

Capítulo I

CUESTIONES GENERALES DEL COMPLIANCE	13
I. Origen	13
II. Finalidad	22
III. Naturaleza	24
IV. La conformación del <i>compliance</i> en la empresa	27
1. La formulación: identificar-definir-estructurar.....	29
A. La identificación de riesgos.....	30
B. La definición de medidas de prevención, detección y comunicación	31
C. La estructura del sistema de cumplimiento.....	38
2. La implementación: informar-incentivar-organizar.....	41
A. La información del programa de cumplimiento.....	41
B. La incentivación de la vigencia del programa de cumplimiento	42
C. La organización de medidas que aseguren la vigencia del programa de cumplimiento	43
3. La consolidación y perfeccionamiento: reaccionar-sancionar-mejorar	45
A. La reacción ante la inobservancia del programa de cumplimiento.....	45
B. Las sanciones a la inobservancia del sistema de cumplimiento	50
C. El mejoramiento del programa de cumplimiento.....	51

Capítulo II

CRIMINAL COMPLIANCE	53
I. La adopción del <i>criminal compliance</i> por la empresa.....	55
II. Las funciones del <i>criminal compliance</i>	57
1. La función de prevención de delitos.....	57
A. La idoneidad preventiva del <i>criminal compliance</i>	58
B. Las medidas de prevención del <i>criminal compliance</i>	61
2. La función de confirmación de la normativa penal.....	63
A. La repercusión de la idoneidad preventiva del <i>criminal compliance</i> en la imputación penal.....	64
B. La repercusión penal del funcionamiento del sistema de detección del <i>criminal compliance</i>	73
III. <i>Criminal compliance</i> sectorial.....	76
1. Lavado de activos.....	76
2. La seguridad de los trabajadores	81
3. Medio ambiente	85

Capítulo III

LAS CONSECUENCIAS PENALES DEL <i>NON-COMPLIANCE</i>	89
I. La responsabilidad penal de la empresa misma.....	89
1. El injusto empresarial	90
2. Como criterio de determinación de la pena	95
3. Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas	97
II. La imputación penal a los miembros de la empresa.....	99
1. La responsabilidad penal de los directivos	100
2. La responsabilidad penal del oficial de cumplimiento.....	105
3. La responsabilidad penal de los miembros individuales.....	112
BIBLIOGRAFÍA.....	115

ABREVIATURAS

art.	artículo
Aufl.	Auflage (Edición)
Cfr.	Confróntese
cit.	citado
CONASEV	Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
coord.	coordinador
CP	Código penal
dr.	director
ed.	Editor
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
HbWiStR	Handbuch des Wirtschafts – und Steuerstrafrechts
Hsrg.	Herausgeber (editor)
JZ	Juristenzeitung, citada por año
LGMA	Ley General del Medio Ambiente
LSST	Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, citada por año
n.m.	número marginal
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

op. cit.	Obra citada
p.	página
p.e.	por ejemplo
PG	Parte General
Polít. Crim.	Política Criminal (cit. por número y año).
pp.	páginas
RPDE	Revista Peruana de Derecho de la empresa (citada por número y año)
SBS	Superintendencia de Banca y Seguros
SMV	Superintendencia del Mercado de Valores
SOX	Sarbanes-Oxley Act
ss.	siguientes
StV	Strafverteidiger (cit. por número y año)
StGB	Strafgesetzbuch (Código penal alemán)
UIF	Unidad de Inteligencia Financiera
wistra	Zeitschrift für Wirtschaft, Steuer und Strafrecht (cit. por año)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (cit. por número y año).

INTRODUCCIÓN

El término *compliance* proviene del verbo en inglés “to comply with” que significa “cumplir con”¹. Desde hace buen tiempo este término se ha venido utilizando en el ámbito médico para significar el cumplimiento riguroso, por parte del paciente, de la indicación terapéutica². Sin embargo, en los últimos años su utilización se ha difundido de manera ostensible en el lenguaje empresarial para caracterizar la adopción de medidas internas en la empresa, destinadas a asegurar la observancia de las leyes, estándares y directivas empresariales. En este uso empresarial del término *compliance* se puede distinguir una acepción amplia de una estricta. El sentido amplio está referido a la observancia de parámetros no solo legales, sino también de carácter ético e incluso de política empresarial, mientras que el sentido estricto se circunscribe a la actuación en consonancia con la normativa legal vigente³.

En el campo jurídico, el término *compliance* se emplea en el mismo sentido que el que tiene en el ámbito empresarial en su acepción

¹ Vid., ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 40; PRITWITZ, en *Compliance y teoría del Derecho penal*, Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds.), p. 208; ROTSCHE, *In Dret* 1/2012, p. 1, aunque indica que también puede significar “capacidad de aprendizaje”.

² Así, ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 40 y s.; BOCK, *Criminal Compliance*, p. 19; ROTSCHE, *FS-Samsom*, p. 141.

³ Así, ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 43. En la misma línea, BOCK, *Criminal Compliance*, p. 20, diferencia el *hard compliance*, limitado al cumplimiento de la normativa legal, de lo que llama *soft compliance*, el cual tiene en cuenta el cumplimiento de los parámetros éticos, morales o económicos.

estricta. Se trata de uno de esos puntos de contacto entre el Derecho y la Economía que hace que la valoración económica tome en cuenta los parámetros legales y, a su vez, las consideraciones económicas influyan en la solución jurídica⁴. Puede ser que sea precisamente esa fuerza de convicción que siempre traen consigo las razones económicas lo que explique que en los últimos años se haya difundido tanto en los estudios jurídicos la discusión sobre figura del *compliance*, al punto de llegar a ser considerado un instituto jurídico novedoso⁵. En todo caso, queda claro que las empresas están optando mayoritariamente por conformar sistemas de cumplimiento normativo en razón de consideraciones netamente empresariales⁶, a lo que debe sumarse el dato de que el sistema jurídico ha empezado, desde su propio programa de funcionamiento, a enlazar progresivamente consecuencias jurídicas específicas al hecho de que la empresa haya incorporado un *compliance* o no⁷. A los estudios jurídicos les corresponde entrar en este último aspecto, aunque sin renunciar, claro está, a una visión general del tema que evidentemente abarca la perspectiva empresarial.

Uno de los rasgos principales del *compliance* es que este mecanismo empresarial no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que cuenta con cierta transversalidad⁸. Se trata de asegurar que la empresa y sus miembros actúen en el marco de la legalidad, lo que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia. El presente trabajo no tiene la pretensión de ocuparse de la repercusión del *compliance* en los distintos sectores del sistema jurídico, sino solamente lo que corresponde al Derecho penal. Sin embargo, esta delimitación del objeto de estudio no puede pasar por alto que el análisis del *compliance* en un ámbito jurídico específico no puede llevarse a cabo sin abordar previamente ciertos aspectos generales como su origen, finalidad, naturaleza o los pasos que, de ordinario, hay que

⁴ Destaca esta interrelación sobre la base de la teoría de los sistemas autopoieticos y el acoplamiento estructural entre los sistemas, THEILE, *ZIS* 6/2008, p. 411 y ss.

⁵ Vid., ENGELHART, *Sanktionierung*, p. 770.

⁶ Conforme a una encuesta de carácter mundial realizada por la conocida firma PriceWaterhouseCooper, el 94% de la empresas norteamericanas y el 61% de la empresas alemanas, contaban con programas de cumplimiento normativo. Vid., con detalle, PriceWaterhouseCooper (Hrsg.), en *Wirtschaftskriminalität 2007 – Sicherheitslage der deutschen Wirtschaft*, 2007, p. 45.

⁷ Vid., ROTSCH, *Handbuch*, Achenbach/Ransiek (Hrsg.), 1. Teil, 4, n.m. 18.

⁸ Similarmente, BOCK, *Criminal Compliance*, p. 278; ROTSCH, *FS-Samsom*, p. 141; EL MISMO, *InDret* 1/2012, p. 3; ROXIN, I., *StV* 2/2012, p. 116.

seguir para su adopción en una empresa. Con base en esta lógica, lo primero que se hará es realizar algunas consideraciones generales sobre el *compliance* en la empresa (capítulo I), para luego entrar de lleno en las particularidades del llamado *criminal compliance* (capítulo II). En la parte final, se tratarán las consecuencias jurídico-penales derivadas del hecho de que la empresa no haya contado con o no se haya ajustado a un programa de cumplimiento de las leyes penales (capítulo III).

Dada la ausencia de estudios en nuestro país sobre la figura del *compliance* en general y del *criminal compliance* en especial, el presente trabajo se apoya en parte de la numerosa bibliografía aparecida últimamente en la discusión jurídico-penal alemana y española, así como en puntuales trabajos de origen norteamericano. En cuanto al enfoque utilizado, debe advertirse que no sólo se procura hacer las conceptualizaciones necesarias para comprender lo que se entiende por *compliance*, sino, sobre todo, entrar en los aspectos operativos para su adecuado manejo en la realidad empresarial. Pese a las fuentes bibliográficas extranjeras utilizadas, la exposición tomará siempre como referencia la normativa jurídica nacional. Esta situación no ha impedido, sin embargo, que en determinados puntos se resalten ciertas particularidades de otras legislaciones penales que muestran la influencia del *criminal compliance* en la conformación de los criterios de imputación penal por delitos cometidos en el marco de la actividad empresarial. Por el contrario, apenas existen referencias jurisprudenciales, en la medida que, como ya se dijo, se trata de un tema bastante novedoso en el campo jurídico-penal.

La materialización de este libro se ha podido realizar gracias al apoyo y la buena disposición de diversas personas e instituciones. A la Fundación Alexander von Humboldt le quedo agradecido por haberme concedido, como en anteriores ocasiones, el financiamiento necesario para poder iniciar este proyecto de estudio con una estancia de investigación realizada entre los meses de diciembre de 2012 y febrero de 2013 en el Instituto de Derecho Penal de la Universidad de Bonn. Al Prof. Urs Kindhäuser, Director del referido instituto, le agradezco su generosa hospitalidad y la disposición para brindarme desde el primer día el apoyo material y la orientación académica necesaria. Sus innumerables detalles con mi familia han hecho que esta estancia forme parte de nuestros recuerdos imborrables. Del mismo modo, debo expresar mi agradecimiento al Prof. Günther Jakobs por su tiempo y sus inestimables apreciaciones en relación con muchos de

los puntos abordados en este trabajo. Considero un lujo inmerecido haber podido intercambiar algunas ideas con tan notable interlocutor. A la Universidad de Piura, en la que ejerzo mi labor docente, le doy igualmente mi reiterado agradecimiento por fomentar con todo lo que está a su alcance que siga en la, cada vez más empinada, senda de la investigación. Me siento también sumamente agradecido con mi socio y amigo Augusto Loli, quien siempre se ha mostrado comprensivo con mi lado académico, hasta el punto de no sólo tolerarlo, sino incluso estimularlo. A Gabriel Dumet Delgado, alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura, le tengo que agradecer su apoyo en la revisión de los manuscritos de este trabajo. Finalmente, a Martha, Esteban, Roser y a Fátima, quien pronto verá la luz, quisiera decirles que son el mayor impulso para seguir adelante y que sin ustedes realmente nada valdría la pena.

Piura, en las fiestas navideñas del año 2013

Prof. Dr. PERCY GARCÍA CAVERO