

RECENSIONES

RECENSIÓN A GABRIELE CIVELLO, LA “*IMPRUDENCIA
EVENTUAL*” EN LAS SOCIEDADES DE RIESGO.
*EPISTEMOLOGÍA DE LA INCERTIDUMBRE Y “VERDAD
SUBJETIVA” DE LA IMPRUDENCIA*, TURÍN, G.
GIAPPICHELLI EDITORE, 2013, 372 PÁGINAS

LUIGI CORNACCHIA*

¿Se puede proponer en el siglo XXI una reconstrucción de la imprudencia penal fundamentándonos en el *verum* metafísico de la tradición filosófica realista-conceptualista?

El libro en cuestión tiene como objetivo sugerir soluciones dogmáticas, respecto a la fundación de la responsabilidad imprudente, forjadas en la *adaequatio ad rem* del pensamiento clásico: un proyecto que pretende recuperar las instancias fundamentales de lo que hoy, de manera polémica, e incluso con verdadero sarcasmo, se califica como “pensamiento fuerte”.

En primer lugar, la obra comienza con una consideración muy crítica del *derecho penal del riesgo post-moderno*.

En concreto, *post-moderna* es la idea según la cual los conceptos jurídicos no tendrían ningún contenido veritativo, sino que no serían más que meras construcciones artificiales funcionales para exigencias situacionales. Por ejemplo, la distribución de la responsabilidad, el hecho de encontrar a los culpables, a cualquier precio, frente a sucesos que impactan emotivamente a la colectividad, también a través de la amplificación realizada por los medios de comunicación (resultado de un proceso de conversión de la realidad de la justicia penal- así como de otras muchas- en un

* Profesor asociado de la Università del Salento, Italia. Traducción de Beatriz Romero Flores.

puro reality, respecto al cual establecer quién es el responsable se convierte en una cuestión puramente “escénica”).

De manera polémica con el proceso de progresivo empobrecimiento del contenido de la imprudencia, en especial de sus rasgos más personales, se denuncia la excesiva normativización de la imprudencia –reducida a un puro incumplimiento del deber de cuidado– y la consiguiente depreciación de su dimensión subjetiva esencial.

Estas interpretaciones no solo tienen un significado dogmático, sino que representan uno de los aspectos de la connotación general, marcadamente instrumental, de las categorías “personales”, a las que el sistema atribuiría un sentido, construyéndolo en razón de la implementación de intereses extrajurídicos. Por ejemplo, la necesidad política de legitimar la justicia penal frente a la sociedad, y en especial a las víctimas y los entes exponenciales que se hacen portadores de sus intereses.

De hecho, la imprudencia penal tiende cada vez más a confundirse con la civil, derivada del ámbito de los seguros o indemnizaciones (o de pura distribución de la responsabilidad)- y a derivar, incluso, en modelos de “gestión político-administrativa del riesgo (*erga omnes* y... “aleatorio” según las palabras del Autor).

No se trata únicamente de distorsiones aplicativas de la praxis de los Tribunales, sino que nos encontramos ante una verdadera *mutación genética de la imprudencia*, llevada a cabo por la *law in action*, en virtud de la cual el riesgo modifica la dimensión cualitativa de la misma imprudencia.

2. Lo que el Autor califica como “imprudencia eventual” consiste en un paradigma de responsabilidad, que surge de la evolución jurisprudencial de los últimos tres decenios, centrado en el riesgo, verdadero fulcro del comportamiento ilícito.

Imprudencia eventual (es decir, sin ningún contenido de voluntariedad, paralelo al dolo eventual, reducida a una mera conexión pseudo-intelectual con un dato estocástico: frente a sucesos catastróficos (también desplazados espacial y temporalmente más allá de cualquier relación de contigüidad con el agente), no sería necesaria la previsibilidad del resultado *hic et nunc*, de cara al juicio de responsabilidad penal, sino que sería suficiente la previsibilidad del riesgo o más bien la *imposibilidad de excluir la verificación de cualquier resultado de daño*, incluso si no se puede prever en ese caso concreto, cuando el mismo “no poder excluir” se sitúe en un nivel puramente virtual.

Para el reproche es suficiente la mera yuxtaposición de causalidad material y violación preventiva: cuando la causalidad se declina en *sentido estadístico-epistemológico*; y las normas de cuidado que ponen en evidencia son *reglas de pura contención del riesgo, idóneas para reducir la probabilidad y la frecuencia*.

Una concepción difundida por la lógica del *principio de precaución* –arraigada en la *epistemología de la incertidumbre*– respecto a resultados dañosos aunque no

sean ciertos científicamente ni se puedan individualizar de manera preventiva y específica, que sirve –en modo más o menos explícito– para colmar presuntas lagunas de tutela.

Come subraya con acierto el Autor, sólo el poder legislativo y ejecutivo puede seleccionar con decisión política *erga omnes*, cuál de entre los diferentes comportamientos alternativos, con una peligrosidad igualmente dudosa, es obligatorio. En el caso de que falte esta determinación normativa explícita, debido a una carencia generalizada de conocimientos fiables, no se puede atribuir de manera generalizada la responsabilidad jurídica por consecuencias no previsibles, porque si no “se descargaría patológicamente en el desafortunado sujeto toda la ‘carga’ de incertidumbre y de *déficit* cognoscitivo (*déficit* que, sin embargo, debería cargar fisiológicamente sobre toda la humanidad)”.

La aplicación de la lógica de la precaución a la responsabilidad penal implica el riesgo de violación del principio de legalidad y responsabilidad penal, y también, y en primer lugar, del principio de *igualdad*: la responsabilidad se convierte, entonces, en una lotería por la cual, de manera discriminatoria, y sobre la base del *versari* (en sentido literal: el “hallarse allí”) se le imputa a alguien un suceso fortuito o el producto de la responsabilidad difundida de muchos.

3. La “imprudencia eventual” surge como expresión emblemática de un verdadero *neo-moralismo anti-ético*, para el cual no tiene relevancia la indiferencia hacia los valores tutelados, sino que se pretende atribuir cualquier elección de la cual deriven consecuencias cuyo riesgo no podía excluirse completamente.

De hecho se asume como responsable una persona por la simple razón de que el acto haya originado consecuencias perjudiciales: no se castiga una conducta injusta, sino una conducta centro de imputación de consecuencias lesivas, mediante una atribución extrínseca de consecuencias a la persona, pero más allá de la ilicitud del acto. La conducta se considera ilícita precisamente por las consecuencias, por las que se individualiza un “chivo expiatorio”. La lógica de la precaución funciona como un instrumento de atribución *formal* de sucesos a quién se encuentra “en el lugar equivocado en el momento equivocado” o desempeña determinados cargos, de manera que la teoría de las posiciones de garantía funciona como mecanismo de legitimación de una responsabilidad de posición pura.

En definitiva, la moderna escisión entre acto ilícito jurídico y moral produce en la realidad aplicativa una extensión indebida del primero más allá de los límites del segundo. En nombre de una exigencia de autonomía, que responde a la lógica de la *ultima ratio*, en el sentido de considerar jurídicamente ilícito solo un segmento de lo que podría serlo moralmente (reservando a la responsabilidad penal un segmento aún más corto), se convierte el reproche penal en un estigma moral ampliado, en función preventiva, por tanto de instrumentalización del hombre (en

función disuasiva, o de satisfacción promocionada de las expectativas de las víctimas, a menudo instrumentalizadas, por las lógicas del control social).

4. En concreto, el examen crítico toma en consideración, sobre todo, el proceso de “procedimentalización” del deber de cuidado, especialmente en sectores hoy en día especialmente neurálgicos, como el de la seguridad del trabajo, donde a menudo se confunde con las *reglas organizativas, de gestión y procedimiento* no dirigidas a la prevención de resultados determinados.

Además, se censura la praxis jurisprudencial que reduce el incumplimiento del deber de cuidado al mero *error o carencia de valoración del riesgo*, con la consecuencia de incriminar al garante (por ej. el empresario) por *su modo de ser*, por *no haber estado a la altura* de la posición de garantía recubierta, con el riesgo de deslizarse en el derecho penal de autor.

Por lo tanto, la imprudencia se extiende a la falta de previsión de clases de resultados que no son ni siquiera imaginables en el momento de la conducta (sucede así en la jurisprudencia en tema de responsabilidad por exposición al amianto).

De tal modo, *el juicio de concretización del riesgo en el resultado, por criterios de delimitación de la punibilidad, se convierte en puramente discrecional*, con resultados negativos incluso en el plano de la prevención, dado que, de hecho, el agente tiene que aplicar el deber de cuidado “a ciegas”, sin tener claro ni siquiera cuál es el resultado que debe evitar ni las modalidades que debe adoptar para evitarlo.

Por otra parte, la incertidumbre cognoscitiva resulta ontológicamente incompatible con una función disuasiva. Esto explica la *ineficacia desde el punto de vista de la prevención general y especial de la pena en los ámbitos más delicados de la sociedad del riesgo*.

Y las normas de cuidado pueden ocasionar, frecuentemente, males peores de los que pretende prevenir, dado que, en situaciones de incertidumbre ninguno puede prever si la norma de cuidado se revelará *ex post* preventiva o, incluso, contraproducente (por ejemplo, la evacuación en caso de posible terremoto o inundación).

Por el contrario, el Autor observa correctamente que, por un lado, la previsibilidad abstracta no puede compensar la ausencia de concreción del riesgo (come ya se ha demostrado por la teoría de la imputación objetiva); por otra parte, la presencia de concreción del riesgo no es suficiente para considerar *in re ipsa* la previsibilidad en concreto del resultado. Además, se rechaza de manera firme la *tendencia a una superposición indebida entre dimensión subjetiva de la previsibilidad y dimensión objetiva de la concreción del riesgo*, que, de otra manera, se transforma en una categoría proteiforme y, por tanto, fácilmente manipulable en vía interpretativa.

5. La segunda parte está dedicada a la consideración de la parábola interpretativa de la “previsibilidad del resultado” en la jurisprudencia, que una vez que ha abandonado la perspectiva psicológica de la previsibilidad del resultado *hic et nunc*,

considera suficiente la mera *previsibilidad de la “clase” o del “género” de resultados*, o incluso la *“imposibilidad de excluir un resultado”*, o la *“previsibilidad del resultado límite o del resultado catástrofe”* (según el *worst-case analysis*) o *previsibilidad de un riesgo genérico de (cualquier) resultado*.

Esta es la “imprudencia eventual”, caracterizada por la “*transmutación del resultado en el riesgo*”, resultado de la consideración de la epistemología de la incertidumbre como base de la responsabilidad.

6. En la tercera parte el Autor ofrece una interpretación de la causalidad de la imprudencia en términos probabilísticos de mero aumento del riesgo; así como interpretación subjetiva de la exigibilidad de la conducta alternativa diligente, con consideraciones relativas a la falta de adecuación del criterio del *homo eiusdem conditionis et professionis*.

En concreto, más adelante, se pone de manifiesto la imposibilidad de fundar dogmáticamente la evitabilidad de un riesgo, en vez de un resultado. A diferencia del peligro, que se puede aprehender empíricamente como entidad, aunque sea potencial, el riesgo no es otro que “el resultado de una *valoración estadística*”, por lo tanto, puede ser objeto de apreciación mental (por tanto, de previsibilidad abstracta), pero no puede ser “material e inmediatamente evitado”, en la medida en que no se puede prevenir un porcentaje, una tasa.

Por lo que las medidas adecuadas para “disminuir el riesgo” no siempre valen para impedirlo: el principio de precaución, si se utiliza como criterio de imputación, se convierte en funcional para incriminar comportamientos cuando ya se han verificado, en contraste con los principios de materialidad y responsabilidad personal, en cuanto se le atribuye al sujeto un suceso *fortuito* (además de con los principios de presunción de inocencia, defensa, *nemo tenetur se detegere*).

7. En la *pars costruens* de la obra, se sugiere la recuperación total de la justa dimensión subjetiva de la imprudencia, reconstruida en términos de *voluntad carente, inadecuada, desordenada respecto a las expectativas normativamente tuteladas en vista de la protección de la relación jurídica inter-subjetiva*.

La perspectiva, por tanto, es la de un examen ontológico sobre la naturaleza real de la imprudencia como *vicio de la voluntad*.

A la pérdida objetiva de control sobre factores de riesgo – conocida también en el pensamiento clásico, en la forma de la *akrasia* aristotélica (incontinencia) – siempre se debe unir *una debilidad, o bien, un desorden de la voluntad*, sobre el presupuesto imprescindible del libre arbitrio, de manera manifieste una *indiferencia* por el bien de los demás.

Concebida de esta manera, la imprudencia aflora como desorden e “incongruidad proyectual” de la persona agente respecto al bien de la relación, como vicio del poder, si bien sobre la base normativa de la violación del deber.

Se trata de la *sollicitudo* o *debita diligentia* del pensamiento tomista (v. S. Tomás, STh II-II q 64 a 8c), como obligación de observar toda obligación de cuidado requerido por las circunstancias por la regla áurea para evitar causar perjuicios a otros como efecto colateral de elecciones que podrían ser, en caso contrario, razonables.

El concepto de voluntad, asumido como cardinal en la reconstrucción ontológica de la imprudencia, remite a la distinción- ya aristotélica- entre lo que es *voluntario* – es decir, lo que depende del sujeto porque encuentra en él la causa- y lo que es *intencional* en el sentido de actuación de una deliberación.

Pero para encontrar en el agente la misma causa, el principio de fundación del acto voluntario presupone el conocimiento previo de la realidad, la irrenunciable raíz *cognoscitiva*, que CIVELLO, siguiendo la tradición del pensamiento clásico, considera el verdadero fulcro de la acción. No, por tanto, el conocimiento de cualquier norma de cuidado hipotizable, sino de las “circunstancias concretas en las que se actúa la acción”. Y al agente también le vienen reconducidas causalmente (en el sentido dicho) los actos reflejos, instintivos, automáticos y habituales, aunque carezcan de un sustrato psicológico actual, con tal de que estén soportados por la voluntariedad. Esta última hay que entenderla como un *quid* no reducible a la mera *suitas*, en cuanto está relacionado con base de conocimiento del que dispone el agente.

Imprudencia como *desorden personal del querer*, cuya raíz no es psicológica, sino de conocimiento (y por tanto teórica).

El modelo de imprudencia fundamentado de este modo aparece totalmente incompatible con la institución post-moderna de la “imprudencia eventual”, en la que el resultado no es voluntario, debiéndose reconducir a una ignorancia que no tiene nada que ver con el sujeto, ni con las circunstancias que él conoce o podría conocer (ajena respecto a la “*diánoia* consustancial al sujeto”) sino que, en su caso, se vincula con la *extensión virtualmente infinita de aquellas circunstancias que el agente “no podía excluir”*, por tanto con un dato apofático, indefinido *ex ante*: aristotélicamente leíble como una especie de “vicio no voluntario” deforme, de responsabilidad sin culpabilidad.

Pero el nexo entre conocimiento y acción es imprescindible para que se pueda hablar de reproche. Claramente no se puede considerar que el agente haya manifestado desprecio (dolo) o indiferencia (imprudencia) por el bien protegido, si ni siquiera ha podido “imaginar la puesta en peligro y, por tanto, no era capaz de evitar la lesión”.

8. La crítica a las consecuencias negativas originadas por el hiper-normativismo, de las que parte la lectura ontológica de la imprudencia no cae en el exceso opuesto. El Autor reconoce que, en todo caso, es irrenunciable la dimensión nor-

mativa del deber de cuidado, baluarte contra el *psicologismo*, así como contra los resultados intuicionistas e irracionales de la responsabilidad de *tipo de autor*.

Pero según el Autor, la imprudencia normativa es un mero punto de arranque: la violación del deber de cuidado no es más que una *species* del *genus* “negligencia” –mucho más fecunda semánticamente del mero desplazamiento de un estándar preventivo– concepto que se tiene que entender en su verdadero significado como “*voluntad culpable en cuanto defectiva, desordenada, no extendida suficientemente al bien y no adecuada al ser del hombre y de las cosas*”. Además, asume mucho más significado la idea de la resocialización de quien no esté simplemente alejado de un deber de cuidado estándar, sino que haya manifestado claramente un defecto de la voluntad que manifiesta querer colmar.

En definitiva, la concepción ontológica-normativa no reniega de la dimensión deontológica de la imprudencia, sino que la sobrepasa dialécticamente, recuperando el imprescindible nexo realista con el conocimiento, como fundamento de la voluntad, y por tanto, de la acción. Basándose en la superación de la supuesta fractura entre *Sein* y *Sollen*, herencia del kantismo, tal concepción adopta, en cambio, el principio opuesto, siguiendo directamente a Josef PIEPER, de la “información del deber por parte del ser”, este último comprensivo de la realidad tanto del sujeto como del objeto (con una separación definitiva de la dualidad cartesiana o generalmente nominalista, entre *res cogitans* y *res extensa*, así como de la dicotomía moderna entre ser y deber ser, entre razón y razón práctica, buscando una soldadura entre dimensión volitiva y veritativa de la imprudencia).

9. La imprudencia como “*incongruencia* del actuar respecto al reconocimiento de la *relacionalidad*” en cuanto vicio o desorden del querer, o bien defectividad intrínsecamente antropológica y, además, orientada a limitar la punibilidad, lleva a cabo, pues, una función eminentemente garantista, confirmada, por otra parte, por la total adherencia- a diferencia de los modelos criticados- a los principios constitucionales de legalidad, personalidad, materialidad, ofensividad, reeducación, etc.

10. Imprudencia de riesgo o hiper-normativa del derecho penal post-moderno e nominalista (*culpa nominalis*) versus imprudencia ontológica como vicio de la voluntad (*culpa universalis*).

La perspectiva seguida por el libro es, por tanto, la de redescubrir un modelo de imprudencia ética o natural, que sea el sustrato de la imprudencia jurídica (y que presupone necesariamente la *libertad del querer*): dos momentos que se tienen que distinguir, en cuanto el primero hace referencia al acto posterior, el segundo al significado social de la conducta.

La obra objeto de análisis representa no solo una contribución importante en la perspectiva de poner freno a distorsiones o, incluso, orientaciones desviadas de nuestra jurisprudencia, sino también indica vías de análisis en buena parte aún no

exploradas y métodos que podrían utilizarse de manera útil en el estudio de otras instituciones sujetas a una curvatura objetiva análoga, en sentido funcional.

La solución se obtiene desde una óptica realista- por tanto anti-nominalista- de “conjugar *derecho y realidad*” (y de “*servir subsidiariamente* a la persona humana”).

De hecho, se tiene que observar que, a pesar de un perjuicio bastante difundido y superficial, está apareciendo en la actualidad *un renovado realismo de vanguardia*. Más allá del ámbito de la ciencia jurídica, la onda creciente del variado movimiento del nuevo realismo ontológico (Ferraris, Severino, Hilary Putnam, Markus Gabriel) denuncia desde hace ya tiempo sin temor, las implicaciones “deshumanas” del post-modernismo y de la revolución (en realidad anti-) copernicana operada por el relativismo: desde la instrumentalización mediática del espacio público en función del control social, hasta la construcción de paradigmas tan teóricos como fraseológicos, fácilmente manipulables para objetivos hegemónicos análogos, a la sustitución del real con el “realitismo”), etc.

Mientras los juristas más sensibles a instancias garantistas, a menudo cegados por las construcciones conceptuales connotadas por la más absoluta desconexión con la realidad (y a veces frágiles frente a las adulaciones de la jurisprudencia que las aplica, en aparente respeto a los trabajos de la doctrina académica), parecen hoy en día reticentes a tomar en consideración las potencialidades abiertas de una dogmática de tipo realista de “pensamiento fuerte”.

En este sentido, el libro de CIVELLO abre perspectivas verdaderamente iconoclastas que, aun manteniéndose en la línea de los principios constitucionales, se muestran idóneas para desmontar pésimas concreciones interpretativas depositadas desde hace ya tiempo.

RECENSIÓN A ANDY CARRIÓN ZENTENO,
CRIMINAL COMPLIANCE, DE LA LEY DE EE.UU.
DE PRÁCTICAS CORRUMPTAS EN EL EXTRANJERO,
EL RIESGO DE LAS EMPRESAS DE ACCIÓN
INTERNACIONAL Y LA TRASCENDENCIA DE LOS
PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO,
LIMA, THOMSON REUTERS, 2015, 155 pp.

DINO CARLOS CARO CORIA*

A simple vista el *criminal compliance* aparenta ser una derivación o una consecuencia del moderno principio precautorio, tan conocido en el Derecho Ambiental o en la responsabilidad por el producto defectuoso¹, según el cual, partiendo del viejo principio romanista “*quien causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo*”², entonces “*quien genera la posibilidad, el riesgo o el peligro de daño, está obligado a controlarlo*”. Así expuesto, el *compliance* apenas se perfila como parte de un programa racional de reducción del llamado “coste de los accidentes”³ en general y de los delitos en particular⁴. Sin embargo, la evolución de los sistemas de “autorregulación” en los últimos 40 años no ha sido precisamente obra de una regulación autoimpuesta, los empresarios no despertaron un día pensando que sus empresas también debían contribuir a la “construcción de un mundo mejor”, sin criminalidad empresarial,

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Socio Fundador y Gerente General de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

1 CARO CORIA, *Derecho penal del ambiente*, 1999, pp. 131-132.

2 Inst.4.3, con referencia a la Ley Aquilia. DE TRAZEGNIES GRANDA, *La responsabilidad extracontractual*, T. I., 1988, pp. 29-30.

3 CALABRESI, *El coste de los accidentes*, 1984, pp. 44-46, en especial los costes de prevención o costes primarios.

4 CARO CORIA, *La protección penal del ambiente*, 1995, p. 81.

sin delitos de cuello blanco. El *compliance* es un producto inacabado ante la convergencia de múltiples factores⁵: 1) las legislaciones estatales o incluso supranacionales, algunas incluso a nivel de simple *soft law*, en concretos ámbitos para la prevención del lavado de activos, la corrupción pública y privada, riesgos laborales, ambientales, etc., que imponen a las empresas un sistema de autorregulación regulada; 2) el buen gobierno corporativo orientado a la “lucha contra el abuso de poder en las corporaciones”; 3) los códigos de ética impulsados por organismos como la ONU o la OCDE, como medio para prevenir la criminalidad de empresas globales; 4) el desarrollo de la llamada Responsabilidad Social Empresarial; 5) la expansión de los sistemas de auditoría interna; 6) y de los mecanismos de certificación de estándares de calidad (normas ISO, UNE, etc.); y, 7) la responsabilidad penal de la persona jurídica con el mensaje de que un adecuado sistema para prevenir y detectar eventos delictivos, puede exonerar o atenuar la pena corporativa. El banco donde se ha puesto a prueba el valor de los programas de cumplimiento así gestados, no ha sido otro que la ya profusa casuística comparada, que da cuenta en general del fracaso total o parcial de dichos programas en la prevención de riesgos penales, y de su excepcional valía para evitar la comisión de delitos o en su caso las consecuencias penales, civiles y reputacionales, contra la empresa y sus órganos de gestión.

Dicha casuística, la confirmación práctica de que estos casos existen y están en cierto modo “a la mano”, como quedó reflejado en el escándalo de Siemens –por citar el caso más conocido en Alemania–, retroalimenta esos fundamentos del *compliance* que el autor del libro reseñado explora desde sus bases en el sistema americano, esto es la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) o Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de 1977, que es el instrumento más potente en el mundo para la prevención y persecución de los casos de corrupción transnacional, y que ha inspirado e inspira hasta la actualidad las regulaciones europeas e iberoamericanas, su interpretación y aplicación práctica, con especial intensidad en los últimos años al punto que algunos penalistas creen ver en el *compliance* la gran solución frente a ese gran mal que es la criminalidad empresarial. Así, se habla por ejemplo, no sin exageración y con cierta ligereza, de un Derecho penal en la “era del *compliance*”, o de una ciencia penal del *compliance*, cuando son más las preguntas que las respuestas en torno a lo que el Derecho penal puede aportar en el desarrollo del *compliance*⁶, y me refiero con ello sobre todo a la parte que no es en estricto Derecho penal ni se relaciona directamente con la labor del jurista, como la elaboración de matrices de riesgo, la identificación de medidas de mitigación de esos riesgos, el monitoreo de los programas de prevención y su certificación, etc.

5 En adelante, NIETO MARTÍN, en: Kuhlen/Montiel/Ortiz de Urbina (eds), *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid, 2013, pp. 23-26.

6 ROTSCH, ADPE 2015, *passim*.

El libro de Carrión es en este contexto una vuelta de mirada, básicamente descriptiva, sobre las bases prácticas del *compliance* en los EEUU, el origen del origen si se quiere ver así, y su evolución hasta la actualidad, fuente que no siempre se reconoce en la literatura hispana, en especial cuando parece establecerse como punto de partida del *compliance* los desarrollos europeos⁷. Y es que en efecto, frente a los escándalos financieros relacionados con empresas multinacionales y ante el crecimiento exponencial de la corrupción en las relaciones comerciales, desde el mundo del Derecho y de las políticas públicas, se ha venido observando un cambio de estrategia: la corrupción ha pasado a ser, de un asunto solo de funcionarios públicos o políticos ímprobos, a un asunto que incumbe sobre todo a los privados. Ciertamente, en la actualidad se exige a las empresas: i) adoptar medidas internas de prevención de la corrupción, ii) coadyuvar al Estado en el esclarecimiento de los casos de corrupción y iii) la prohibición de sobornar tanto a funcionarios públicos como a directivos o empleados de otras empresas. En cuanto a la corrupción internacional, hoy en día se busca sancionar a las empresas y a sus agentes, generándose paralelamente un menor interés por la sanción del funcionario público.

Esa privatización de la lucha contra la corrupción, viene de la mano con la figura del *compliance*, noción que la realidad ha introducido en el discurso jurídico penal y empresarial en general, y cuyo germen se remonta en EE.UU. a la década de los setenta. Como describe el autor, el detonante del proceso de cambio fue el escándalo político *Watergate*, que ocurrió en 1972 durante el mandato de Richard Nixon; siendo que la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas pagaban sobornos de considerables sumas de dólares, trajo como consecuencia la necesaria creación de la FCPA, promulgada por el Congreso de Estados Unidos y refrendada por el presidente Jimmy Carter el 19 de diciembre de 1977. Esta normativa se constituyó como el primer cuerpo legislativo que implicaba una incursión global contra la corrupción y que contiene los rasgos más importantes de la política actual en esta materia, con clara vocación de aplicarse extraterritorialmente.

Precisamente, el autor al abordar la materia de *criminal compliance* y la lucha contra la corrupción, encuentra el fundamento legal de la incursión global contra las prácticas corruptas en la FCPA de 1977, que, como bien se resalta en el libro, ha venido cobrando protagonismo durante los últimos años debido a la intensificación de la actividad persecutora por parte de las autoridades norteamericanas, promovida por la flexibilización legislativa y por la creciente interpretación extensiva de sus disposiciones. Pues bien, partiendo desde esta perspectiva, en el primer capítulo de la obra se realiza una exposición sobre el origen y evolución de la FCPA, para luego contextualizar su aplicación analizando la estructura de la responsabilidad penal de

7 Así, GARCÍA CAVERO, *Criminal Compliance*, 2014, pp. 13-22.

las empresas y la función que cumplen el Departamento de Justicia y la Comisión de Títulos y Valores norteamericanos como organismos competentes del *enforcement* de la FCPA.

Como describe el autor, tras el descubrimiento público de Watergate, se desencadenó una serie de investigaciones orientadas a desvelar actos ilegales y ciertos comportamientos indebidos en la política y en los negocios. Producto de ello, en la Comisión Especial del Senado norteamericano conformada para estos efectos, se detectaron un sinnúmero de conductas de corrupción, estafa, espionaje, hurto, entre otros, llevados a cabo por funcionarios públicos y empresarios, y directa o indirectamente consentidas por el propio Gobierno. Paralelamente, la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (Securities and Exchange Commission - SEC) iniciaba una investigación contra las empresas listadas en las bolsas de ese país a fin de determinar si al realizar las contribuciones transgredieron las normas que regulaban dichas instituciones.

La revelación de un cuantioso número de actos ilícitos y la magnitud que iban adquiriendo las investigaciones hicieron que la SEC activara al mismo tiempo el *Voluntary Disclosure Program* a fin de que las empresas informen voluntariamente de los actos ilegales en las que estuvieran comprometidas a cambio de que, bajo ciertas condiciones, no se inicien acciones penales o civiles contra ellas. Como resultado, más de cuatrocientas empresas reconocieron haber efectuado pagos cuestionables o ilegales a políticos, partidos políticos y a funcionarios de gobiernos extranjeros, ya sea a través de *slush funds* o falseando registros de contabilidad financiera para ocultar los desembolsos. Dentro de estas empresas estuvieron incluidas las 170 industrias más reputadas y representativas de las 500 primeras existentes en ese entonces. Todos estos hechos dejaron en evidencia la naturalidad con que las grandes empresas recurrían a pagos ilegales para obtener negocios y contratos, tanto dentro como fuera del territorio norteamericano, lo que motivó la promulgación de la primigenia FCPA.

El autor expone brevemente cómo se dio la evolución de la FCPA. Y es que, como bien se indica, la ambigüedad de sus preceptos, la dudosa aplicación extraterritorial, el reducido círculo de destinatarios de la norma y la sanción unilateral de la corrupción internacional por parte de los Estados Unidos de América, restaron eficacia a la FCPA, emprendiéndose posteriormente la necesaria modificación de sus contenidos. La primera reforma de la FCPA se produjo el año 1988 con la *Omnibus Trade and Competitiveness Act* (OTCA). Posteriormente, durante el gobierno de Bill Clinton se promovieron cambios decisivos en la política norteamericana contra la corrupción internacional a fin de i) intensificar las relaciones con otros países a través de organizaciones internacionales, ii) viabilizar la cooperación y, sobre todo, iii) lograr la vinculación de los países contra la corrupción internacional. En este marco se emitió la *International Antibribery and Fair Competition Act* (IAFCA),

refrendada por el entonces presidente Bill Clinton el 10 de noviembre de 1998 –vigente desde el 15 de febrero de 1999– y que incluía enmiendas normativas que fortalecieron la eficacia de la ley anticorrupción y potencializaron su importancia internacional. Como explica el autor, la IAFCA concentró sus esfuerzos en trasladar la responsabilidad penal de la empresa a las empresas extranjeras, quienes según esta ley serían ahora sujetos de imputación por corrupción de acuerdo a los criterios establecidos para ello en el Derecho norteamericano. El primer capítulo concluye con la descripción del rol protagónico de los órganos competentes del *enforcement* de la FCPA, conformados por el Departamento de Justicia (DOJ) y la Comisión de Títulos y Valores de Estados Unidos (SEC); instituciones que trabajan estrechamente con la Oficina Federal de Investigaciones (FBI) en los requerimientos necesarios para la investigación conjunta de violaciones a la FCPA.

Siguiendo el esquema de la FCPA, en el segundo capítulo se examinan las disposiciones antisoborno, las que, como señala el autor, son aplicables a todas aquellas personas naturales o jurídicas que contravengan la FCPA, sin distinción de si son *issuers, domestic concerns o any others*. Su configuración típica agrupa el cohecho propio e impropio y tiene la particularidad de abarcar al mismo tiempo la financiación ilegal de partidos políticos. En concreto, estos preceptos prohíben cualquier conducta que tenga como finalidad promover, ofrecer, prometer o autorizar el pago o la entrega de cualquier objeto de valor en forma corrupta y que sea idónea para influenciar en el funcionario extranjero una acción u omisión para provecho propio o de un tercero.

En el tercer capítulo se ingresa al análisis de las disposiciones contables. Y es que, como se explica en el trabajo, la FCPA no solo sanciona comportamientos corruptos *stricto sensu*, sino que contiene adicionalmente disposiciones que obligan a los *issuers* a “preparar y mantener libros, registros y cuentas que pongan de manifiesto, en razonable detalle, y con exactitud y equidad, las transacciones y disposiciones de los activos (...) y [a] desarrollar y mantener un sistema de controles de contabilidad interna (...)”. Estos dispositivos, reunidos bajo la denominación de *accounting provisions*, tienen la finalidad de complementar la eficacia de la persecución de la corrupción fomentando normativamente la transparencia de los libros y registros corporativos como la fiabilidad de los sistemas de control interno.

Finalmente, en el cuarto y último capítulo se incide sobre el origen del programa de ética y cumplimiento anticorrupción, para finalmente realizar una descripción del mismo, tomándose en cuenta los criterios de la *Federal Sentencing Guidelines*. Se señala que una organización en *compliance* debe basarse en dos principios fundamentales: i) el ejercicio de la debida diligencia para prevenir y detectar conductas ilícitas; y, ii) la promoción de una cultura organizacional que fomente una conducta ética y un compromiso *to compliance with the law*. Es decir, el sistema de cumplimiento deberá concebirse de tal manera que determine y promueva

una cultura de comportamiento ético, el mismo que debe estar en la capacidad de prevenir, detectar y corregir infracciones legales. Por cuestiones prácticas, el autor ha evitado detallar de forma minuciosa los elementos a satisfacer por cada empresa para adscribir la efectividad al sistema de cumplimiento. No obstante, nos ofrece los estándares mínimos –parcialmente abstractos– para su valoración.

El libro es en suma una descripción sintética de la lógica de funcionamiento del *compliance* norteamericano y de las instituciones que le dan soporte, necesario punto de partida para posteriores trabajos comparativos y de acercamiento con los desarrollos que se vienen dando en sistemas como el alemán, donde solo desde hace pocos años el *compliance* ha merecido la atención de la comunidad científica, apreciándose una progresiva sistematización de los principales aspectos dogmáticos, de parte general y especial –si cabe la expresión–, y procesales del *compliance*⁸. El valor de esta tarea se extiende a ordenamientos como el español, donde se vienen realizando similares esfuerzos de sistematización⁹ con el añadido, a diferencia de Alemania, que rige desde 2010 la responsabilidad penal corporativa, ampliada o perfeccionada recientemente con la Ley Orgánica 1/2015 vigente desde 1 de julio y que establece por ejemplo la exclusión de la responsabilidad penal de la empresa que cuente previamente con un adecuado sistema de cumplimiento, o una reducción de la pena si el *compliance program* es imperfecto o se instauró solo con posterioridad al hecho delictivo, dejando con ello abiertas importantes cuestiones como si dicha exclusión de pena puede fundamentarse dogmáticamente en criterios de imputación objetiva como el riesgo permitido, o si el hecho que se permita una reducción de la pena cuando el programa se instaura *ex post* acaso implica asumir una regla solo explicable a nivel de la punibilidad, desde la teoría de la pena, o conforme a criterios de eficiencia procesal, lo que podría verse reforzado por el dato de que incluso cuando el programa es anterior al evento delictivo, este debe contemplar, para acceder a la exclusión de pena, que los órganos de la empresa han de observar una conducta de permanente cooperación con la justicia y las autoridades en momentos muy posteriores a la comisión del delito, durante el proceso penal, como da cuenta el caso Morgan & Stanley que relata el libro de Carrión¹⁰.

En un mundo económico sin límites, antes que el riesgo de un “*compliance* sin límites”¹¹, existe el peligro de una criminalidad económica y empresarial también ilimitada o desbordada, que en muchos casos adquiere los matices o se entremezcla con formas de criminalidad organizada y estatal, como ha quedado expuesto

8 Vid. por todos ROTSCH (ed.), *Criminal compliance*, Handbuch, 2015.

9 Vid. especialmente NIETO MARTÍN, *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, 2015.

10 Pp. 100-102.

11 ROTSCH, *ADPE* 2015, p. 29.

en las primeras condenas del caso Petrobras, empresa estatal brasilera en la que, como en el caso Siemens, la existencia de medidas de cumplimiento, códigos de conducta y sistemas de denuncias internas que ahora se antojan como de simple fachada o “*saludo a la bandera*”, no impidieron que sus funcionarios se coludan con particulares en las contrataciones y licitaciones, a cambio de millonarias sumas de dinero¹² que durante años fueron maquilladas en las contabilidades como pagos por servicios diversos a empresas *off shore*, y lavadas mediante complejos esquemas de ingeniería financiera. Ello pone sobre la mesa nuevas preguntas, ¿pueden el Estado y sus entidades asumir verdaderos programas de cumplimiento?, ¿es conveniente la autorregulación estatal?, ¿debe el *compliance* limitarse a la prevención del riesgo penal empresarial o debe extenderse a la prevención de la criminalidad organizada empresarial? La literatura parece aún por detrás de estas cuestiones prácticas, si el *compliance* implica la instauración de una cultura corporativa de cumplimiento, en países que enfrentan altos niveles de informalidad y corrupción privada y pública, esa realidad conspira contra la eficacia de ese sistema general de prevención del riesgo penal, lo que hasta aquí permite formular una pregunta final, ¿cuál es entonces la capacidad de rendimiento del *compliance* en contextos especialmente caóticos, de debilidad institucional, pública y privada?. No parece que la respuesta se pueda esbozar con la ayuda del Derecho penal, la pregunta parece devolvernos al terreno de la criminología del control social, y ello quizás nos permita entender por ejemplo porque una empresa alemana como Siemens no fue capaz de cometer actos de corrupción en Alemania, pero si en Argentina, Bangladesh y Venezuela, como relata el libro de Andy Carrión¹³.

12 Los cálculos empíricos de las autoridades brasileras se refieren a pagos corruptos superiores a los 8 billones de dólares.

13 Nota 325, pp. 95-98.

