

AUTORREGULACIÓN
Y
SANCIONES

Consejo de Redacción

JAVIER MOSCOSO DEL PRADO MUÑOZ

Presidente

Fiscal

LUIS MARÍA CAZORLA PRIETO

Vicepresidente

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

AMALIA IRABURU ALLEGUE

Directora Editorial

MÓNICA NICOLÁS HARO

Secretaria. Editora

ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO

Catedrático de Derecho Mercantil. Abogado

FAUSTINO CORDÓN MORENO

Catedrático de Derecho Procesal. Abogado

FRANCESC DE PAULA CAMINAL BADÍA

Abogado

ANTONIO FERNANDEZ DE BUJÁN Y FERNÁNDEZ

Catedrático de Derecho Romano

Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

EUGENIO GAY MONTALVO

Abogado. Ex-Magistrado del Tribunal Constitucional

JACOBO LÓPEZ BARJA DE QUIROGA

Magistrado del Tribunal Supremo

JUAN MARTÍN QUERALT

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo

JULIO MUERZA ESPARZA

Catedrático de Derecho Procesal

GONZALO QUINTERO OLIVARES

Catedrático de Derecho Penal

ENRIQUE RUBIO TORRANO

Catedrático de Derecho Civil

ANTONIO V. SEMPERE NAVARRO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Magistrado del Tribunal Supremo

EUGENIO SIMÓN ACOSTA

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario. Abogado

DIRECCIÓN

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

ADÁN NIETO MARTÍN

Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha

AUTORREGULACIÓN Y SANCIONES

SEGUNDA EDICIÓN

THOMSON REUTERS
ARANZADI

Primera edición en Aranzadi, 2015



THOMSON REUTERS PROVIEW® eBooks

Incluye versión en digital

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de su autor como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters
Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Luis Arroyo Jiménez, Adán Nieto Martín y otros]

© Portada: Thomson Reuters (Legal) Limited

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-9098-816-9

Depósito Legal: NA 2094/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, Calle A, Nave D-11

31013 – Pamplona

Relación de autores

LUIS ARROYO JIMÉNEZ

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha*

M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA

*Profesora Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Girona*

JOSÉ ESTEVE PARDO

*Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Barcelona*

BERNARDO FEIJOO SÁNCHEZ

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Madrid*

BEATRIZ GARCÍA MORENO

*Personal Investigador en Formación
Universidad de Castilla-La Mancha*

MANUEL ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA

*Profesor Ayudante de Derecho del Trabajo
Universidad de Castilla-La Mancha*

CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ

*Abogado. Corporate Defense
Universidad Autónoma de Madrid*

MANUEL MAROTO CALATAYUD

*Profesor Ayudante de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha*

ADÁN NIETO MARTÍN

*Catedrático de Derecho Penal
Universidad de Castilla-La Mancha*

PATRICIA PÉREZ FERNÁNDEZ

*Abogada. Cleary Gottlieb Steen & Hamilton
Universidad de Castilla-La Mancha*

Índice General

	<u>Página</u>
RELACIÓN DE AUTORES	9
PRESENTACIÓN	23

PARTE PRIMERA Fundamentos

§ 1	
INTRODUCCIÓN A LA AUTORREGULACIÓN	27
LUIS ARROYO JIMÉNEZ	
I. Significado y alcance de la autorregulación	27
II. La autorregulación regulada	31
III. Escalas y formas de la autorregulación regulada	32
IV. Las exigencias del sistema	38
§ 2	
EL RETO DE LA AUTORREGULACIÓN O CÓMO APROVECHAR EN EL SISTEMA JURÍDICO LO QUE SE GESTA EXTRAMUROS DEL MISMO. MITO Y REALIDAD DEL CABALLO DE TROYA	43
JOSÉ ESTEVE PARDO	
I. Planteamiento	43
II. Las explicaciones de la autorregulación	44
III. Los espacios abiertos a la autorregulación	47

	<i>Página</i>
IV. Los elementos de la autorregulación	49
1. <i>El elemento subjetivo. Los actores de la autorregulación</i>	49
2. <i>El elemento objetivo. Los contenidos de la autorregulación</i>	50
V. Efectos públicos de la autorregulación privada	51
VI. Conclusión. La necesidad de percibir, valorar y situar el fenómeno de la autorregulación en sus justos términos	53
§ 3	
LA AUTORREGULACIÓN REGULADA EN LA DOCTRINA ANGLO-SAJONA Y CONTINENTAL-EUROPEA	55
M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA	
I. Introducción	55
II. La autorregulación regulada como concepto clave del Derecho Público	57
III. Los puntos de encuentro entre distintas culturas jurídicas como consecuencia de la europeización y la internacionalización del Derecho Administrativo	60
IV. Las diferencias conceptuales, terminológicas y metodológicas entre la doctrina jurídica anglosajona y la doctrina jurídica continental europea	65
V. Conclusiones	72
§ 4	
LIBERALISMO VS. NEOCORPORATIVISMO: LOS DISCURSOS DE LA AUTORREGULACIÓN COMO DISCURSOS LEGITIMANTES	73
MANUEL MAROTO CALATAYUD	
I. Introducción	73
II. Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes	75
1. <i>El argumento de la autonomía-soberanía</i>	76
2. <i>El argumento tecnocrático</i>	80
3. <i>El argumento democrático</i>	85

	<u>Página</u>
4. <i>El argumento del «nuevo Estado regulador»</i>	90
III. Autorregulación y neocorporativismo	93

PARTE SEGUNDA
Sanciones

§ 5	
AUTORREGULACIÓN, «COMPLIANCE» Y JUSTICIA RESTAURATIVA	99
ADÁN NIETO MARTÍN	
I. La autorregulación como forma de control social	99
II. La integración de las normas procedentes de la autorregulación en el derecho penal	103
III. La cooperación entre sanciones públicas y privadas	108
IV. Cómo puede el sistema penal mejorar la autorregulación: ¿castigar o persuadir?	111
1. <i>Castigar</i>	112
2. <i>Persuadir</i>	117
3. <i>«Compliance» y justicia restaurativa</i>	121
4. <i>Justicia restaurativa y «compliance» en el ordenamiento español</i>	126
5. <i>Empresas multinacionales y derechos humanos: la autorregulación coaccionada como modelo de intervención penal</i>	130

§ 6	
AUTORREGULACIÓN, SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y SANCIONES DISCIPLINARIAS	135

M. MERCÈ DARNACULLETA I GARDELLA

I. Introducción a un panorama terminológico y conceptual confuso	135
1. <i>La autorregulación en el ámbito del Derecho privado</i>	137
2. <i>La autorregulación regulada</i>	138

	<i>Página</i>
3. <i>Instrumentos normativos y resolutorios de autorregulación</i>	139
II. Sanciones disciplinarias y autorregulación	141
1. <i>El régimen disciplinario privado como manifestación de la autorregulación resolutoria</i>	142
1.1. Organismos de autodisciplina y autocontrol	143
1.2. Régimen jurídico de la disciplina deportiva	145
1.3. Responsabilidad social, ética y disciplina empresarial ..	146
2. <i>El régimen disciplinario de las profesiones</i>	147
3. <i>El régimen disciplinario de los empleados públicos</i>	150
III. Sanciones administrativas y autorregulación	155
1. <i>La imposición de una sanción administrativa por incumplimiento de una obligación de autorregulación</i>	155
1.1. Sanciones vinculadas al riesgo tecnológico y la seguridad alimentaria	156
1.2. Sanciones vinculadas a los riesgos del mercado y el gobierno corporativo	158
2. <i>La imposición de una sanción administrativa con base en instrumentos normativos de autorregulación</i>	160
2.1. Sanciones por incumplimiento de los denominados reglamentos internos de conducta	160
2.2. Sanciones por incumplimiento de los denominados códigos de autorregulación de conducta	162
IV. Garantías, eficacia y legitimación en la autorregulación regulada	163
§ 7	
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO Y EUROPEO	167
ADÁN NIETO MARTÍN	
BEATRIZ GARCÍA MORENO	
I. Política criminal internacional y riesgos penales	168
II. Naturaleza jurídica de las sanciones	169

	<u>Página</u>
III. Entidades penalmente responsables	171
1. <i>Estado y administraciones públicas</i>	171
2. <i>Personas jurídicas unipersonales y organizaciones sin personalidad jurídica</i>	172
3. <i>Grupos de sociedades</i>	174
4. <i>Transformaciones en la persona jurídica</i>	175
IV. Ámbito material	177
V. Acumulación de sanciones a personas físicas y jurídicas	178
VI. Sistemas de imputación	180
VII. Los programas de cumplimiento y la constatación de su eficacia	184
VIII. La importancia de la colaboración en los sistemas de RPPJ	188
IX. Derecho de la UE y responsabilidad penal de personas jurídicas	190
X. Cooperación judicial, aplicación de la ley penal en el espacio, conflicto de jurisdicciones y «ne bis in idem»	192
1. <i>Cooperación judicial</i>	192
2. <i>Aplicación de la ley penal en el espacio</i>	194
3. <i>«Ne bis in idem» y conflicto de jurisdicciones</i>	195
§ 8	
AUTORREGULACIÓN Y DERECHO PENAL DE LA EMPRESA: ¿UNA CUESTIÓN DE RESPONSABILIDAD INDIVIDUAL?	197
BERNARDO FEJOO SÁNCHEZ	
I. Planteamiento general de la cuestión	197
1. <i>El cóctel explosivo entre nuevos riesgos técnicos y complejidad organizativa</i>	199
2. <i>La autorregulación empresarial</i>	200
II. Autorregulación y culpabilidad de la propia organización empresarial	202
1. <i>Planteamiento de la cuestión</i>	202

	<u><i>Página</i></u>
2. <i>Un diálogo con los autores que fundamentan la culpabilidad empresarial en la idea de autorregulación</i>	203
2.1. Autorregulación y culpabilidad de la propia empresa. La culpabilidad empresarial como análogo o equivalente funcional de la culpabilidad individual	208
a. La posición de Heine	208
b. La posición de Gómez-Jara. La culpabilidad como cultura corporativa defectuosa	213
c. <i>Conclusiones provisionales</i>	222
2.2. ¿Es necesaria una «tercera vía?». La posición de NIETO MARTÍN: la responsabilidad penal de las personas jurídicas como defecto permanente de organización	224
a. El papel preventivo-general de las sanciones para empresas antes de la comisión del hecho delictivo. La «motivación del substrato humano»	229
b. El papel preventivo-general y preventivo-especial de las sanciones para empresas después de la comisión del hecho delictivo como condición de sancionabilidad	230
c. <i>Conclusiones provisionales</i>	233
2.3. <i>Conclusiones sobre autorregulación y responsabilidad de la propia empresa</i>	241
III. Autorregulación y responsabilidad individual en el ámbito de la empresa	243
1. <i>Introducción</i>	243
2. <i>Los nuevos deberes del gobierno corporativo</i>	244
3. <i>Personas con competencias de control</i>	247
IV. Conclusiones definitivas	248

CAPÍTULO § 9	
LA INCIDENCIA DE LA AUTORREGULACIÓN EN EL DEBATE LEGISLATIVO Y DOCTRINAL ACTUAL SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS	
	249
CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ	
I. Introducción	250
II. Fundamentos de la autorregulación en el derecho penal empresarial	252
1. <i>Introducción: las relaciones entre sociedad, Estado, Derecho y organización empresarial en la sociedad moderna</i>	252
2. <i>La sociedad policéntrica</i>	255
3. <i>El Estado supervisor</i>	256
4. <i>El Derecho reflexivo</i>	257
5. <i>Las organizaciones empresariales</i>	259
III. Ámbitos de autorregulación en el Derecho penal empresarial ..	261
1. <i>Autorregulación (I): cesión a la empresa de la soberanía del castigo a sus empleados</i>	261
2. <i>Autorregulación (II): cesión a una entidad privada de la soberanía del castigo a las empresas</i>	263
3. <i>Autorregulación (III): cesión a la empresa de un ámbito de autorregulación a cambio de responsabilidad por las consecuencias que de la misma se derivan</i>	264
IV. El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial: un esbozo	266
1. <i>Introducción</i>	266
2. <i>Una teoría del delito empresarial</i>	267
3. <i>Una teoría de la pena empresarial</i>	269
4. <i>El modelo constructivista a debate</i>	273
4.1. <i>¿Realismo de la persona física vs. ficción de la persona jurídica? A propósito de las críticas de Schünemann</i> ...	273
4.2. <i>¿Monismo de la teoría de sistemas vs. pluralismo de otras teorías?</i>	274

	<u><i>Página</i></u>
4.3. Responsabilidad empresarial vs. responsabilidad colectiva	275
4.4. Culpabilidad empresarial «de verdad» vs. culpabilidad empresarial «a medias»	277
4.5. Ciudadanía empresarial vs. ciudadanía individual	279
4.6. Derecho penal empresarial de autor vs. Derecho penal empresarial del hecho	282
4.7. Un Derecho penal empresarial de doble vía vs. un Derecho penal individual de tres vías	283
4.8. Una rápida réplica a la rápida crítica de Bernardo Feijoo	284
V. El debate legislativo sobre la responsabilidad penal empresarial: a la búsqueda de la eficacia y la justicia	289
1. <i>Introducción</i>	289
2. <i>La necesidad de un modelo de autorresponsabilidad penal empresarial</i>	290
3. <i>La necesidad de establecer un doble fundamento de responsabilidad penal empresarial</i>	291
4. <i>La necesidad de distinguir entre autoría y participación empresarial</i> .	292
5. <i>La necesidad de distinguir entre dolo e imprudencia empresarial</i>	293
6. <i>La necesidad de causas de exclusión de la culpabilidad empresarial</i>	294
VI. El lado «oscuro» de la autorregulación: el deber de colaboración de la empresa y los derechos procesales fundamentales de las personas físicas	295
VII. La consolidación de la autorregulación regulada en el ámbito internacional con impacto en la responsabilidad penal de las personas jurídicas	299
1. <i>Introducción</i>	299
2. <i>La tendencia hacia la relevancia de la autorregulación: la relevancia de los «Compliance Programs» en los modelos más recientes de responsabilidad penal de las personas jurídicas</i>	300
3. <i>La tendencia hacia la regulación de la autorregulación: la estandarización internacional de los «Compliance Management Systems» – ISO 19.600 e ISO 37.001</i>	302

	<u><i>Página</i></u>
3. <i>Breves apuntes sobre la incidencia de la autorregulación regulada en el Código penal de 2015</i>	304
Bibliografía	305

PARTE TERCERA

Escenarios

§ 10

AUTORREGULACIÓN Y ACCIONES COLECTIVAS EN EL DERECHO TRANSNACIONAL DEL TRABAJO. UN ANÁLISIS A PARTIR DE LOS ACUERDOS GLOBALES MULTILATERALES DEL SECTOR TEXTIL EN BANGLADESH	321
--	-----

MANUEL ANTONIO GARCÍA-MUÑOZ ALHAMBRA

I. Introducción	321
II. El marco de referencia: derecho transnacional privado y responsabilidad social empresarial	322
III. Responsabilidad social empresarial y derecho del trabajo	325
IV. Los instrumentos de la RSE con incidencia en el ámbito laboral: los códigos de conducta y los acuerdos marco globales	328
V. Los acuerdos globales multilaterales: el caso de la industria textil de Bangladesh	332
VI. Conclusiones: ¿son los acuerdos globales multilaterales un paso adelante en los instrumentos de la RSE?	338

§ 11

EL PLAN DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES COMO PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO (A LA VEZ UNA REFLEXIÓN SOBRE LA RESPONSABILIDAD POR IMPRUDENCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS)	341
---	-----

ADÁN NIETO MARTÍN

I. Introducción	341
------------------------------	-----

II.	¿Qué pueden aportar los planes de prevención de riesgos laborales al cumplimiento normativo?	343
	1. <i>La normativa de riesgos laborales como concreción de los programas de cumplimiento</i>	345
	2. <i>La legitimidad de los programas de cumplimiento y las soluciones de la normativa laboral</i>	348
	3. <i>Organismo de vigilancia y prevención de riesgos laborales</i>	352
III.	El defecto de organización como criterio de sanción autónomo	353
IV.	Los artículos 318 y 129 del CP y los planes de prevención de riesgos laborales	356
V.	Planes de prevención y responsabilidad individual	358
VI.	«De lege ferenda»: ¿responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra la seguridad de los trabajadores?	362
	1. <i>Culpa de organización de la personas jurídica y culpa individual: ¿cuál es la relación?</i>	362
	2. <i>«De lege desiderata»: Un 31 bis adaptado a los delitos imprudentes</i>	366

§ 12

AUTORREGULACIÓN Y LEGITIMIDAD CORPORATIVA: DEMOCRACIA INTERNA Y CONTROL SOCIAL EN PARTIDOS POLÍTICOS Y EMPRESAS	369
--	-----

MANUEL MAROTO CALATAYUD

I.	Introducción	369
II.	Autorregulación, partidos y democracia interna	374
III.	Legitimidad y rol social	382
IV.	La analogía partido-empresa	385
V.	Gobierno corporativo y democracia interna	387
VI.	Regulando los partidos: ¿la autorregulación regulada-regulada?	396
VII.	Conclusiones	410
	1. <i>Partidos y empresas como corporaciones</i>	410

	<u>Página</u>
2. <i>La democracia interna como sistema de gobierno corporativo</i>	411
3. <i>Los partidos como mal ejemplo de autorregulación</i>	412
ADDENDA	414
§ 13	
LA IMPORTANCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN LAS POLÍTICAS SANCIONADORAS DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA	419
PATRICIA PÉREZ FERNÁNDEZ	
I. Introducción	419
II. La irrelevancia para la Comisión europea y los tribunales comunitarios de los programas de cumplimiento en materia de defensa de la competencia en el cálculo del importe de las multas	425
1. <i>Comisión europea</i>	425
2. <i>Tribunales europeos</i>	430
III. Críticas a la irrelevancia actual en el poder ejecutivo y judicial comunitario	431
1. <i>Posible vulneración del principio de culpabilidad</i>	431
2. <i>La incompatibilidad con un fortalecimiento de la función preventiva o disuasoria del Derecho de la Competencia: la posible disfunción entre los programas de clemencia y los compliance programmes a la hora de incentivar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia</i>	433
IV. Los programas de cumplimiento en otros sectores del ordenamiento jurídico y en algunas normativas de defensa de la competencia nacionales	437
1. <i>Responsabilidad penal de las personas jurídicas. En especial, medidas anticorrupción</i>	437
2. <i>La previsión de los programas de cumplimiento como atenuantes en las normativas de defensa de la competencia en REINO UNIDO, FRANCIA, ALEMANIA, ITALIA, CANADÁ Y BRASIL</i>	442
V. Conclusión: los compliance programmes como posible vía de promoción del cumplimiento en materia de competencia	449
VI. Bibliografía	452