

Criminal compliance en el derecho penal peruano

Criminal compliance in the peruvian criminal law

CAMILO CLAVIJO JAVE*

Resumen: El trabajo propone, en primer lugar, un estudio del origen, los elementos y la aplicación del *Compliance Program* o, también llamado, Programa de Cumplimiento Normativo, entendido como un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan. Asimismo, se intenta explicar y desarrollar la relación entre los nuevos riesgos, debido al desarrollo económico y tecnológico, y el derecho penal como ente protector de bienes jurídicos de importancia para la sociedad. Esto último tiene como finalidad analizar el *Criminal Compliance*, destinado a que la empresa ordene su actividad conforme a la normativa aplicable, en especial la ley penal. En tal sentido, se desarrolla la aplicación que el Estado peruano ha realizado del referido Programa de Cumplimiento Normativo en el ordenamiento jurídico, en concreto los avances sectoriales. Finalmente, se analiza el impacto del *Criminal Compliance* en el ordenamiento jurídico penal. Para ello, se hace una referencia al sistema de responsabilidad penal adoptado en el Perú y de qué manera esto impacta en la aplicación del *Criminal Compliance*.

Palabras clave: derecho penal – parte general – *compliance* – delitos económicos – avance sectorial en el Perú – responsabilidad jurídico-penal en el Perú

Abstract: First, this work proposes a study of the origin, elements and application of the Compliance Program or, also named, Regulatory Compliance Program. The aforementioned program is understood as an internal device that corporations use not only to comply with the current legislation but also to prevent and detect legal violations they could be found in or as part of the activities they carry out.

Second, it tries to explain and develop the connection between, on one hand, the new risks in the financial and technological development and, on the other hand, Criminal Law as a protective body of important legal assets for society. The aim is to analyze Criminal Compliance to get the corporation to manage its activities under current legislation, especially Criminal Law.

* Estudiante del último ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Se ha desempeñado como practicante del área de Derecho Penal y Procesal Penal del estudio Benites, Forno & Ugaz Abogados y del estudio Consorcio Roger Yon & SMB abogados. Ha sido Director de la Comisión de Publicaciones y miembro del Consejo Directivo de la Asociación Civil THÉMIS. Asimismo, fue seleccionado como representante de la PUCP ante el XVIII Inter-American Human Rights Moot Court Competition, organizado por el American University Washington College of Law. Su área de especialización es el derecho penal y procesal penal. Actualmente, realiza un semestre de intercambio como estudiante internacional en la Facultad de Derecho de la Universitat Pompeu Fabra en Barcelona, España. Correo electrónico: camilo.clavijo@pucp.pe

In this regard, it enlarges the sectoral developments based on the Peruvian Government's implementation of the the Compliance Program in the legal framework.

Finally, it analyzes the impact of Criminal Compliance in the criminal legal framework. For that end, it refers to the criminal liability system in Peru and in what way it impacts on the application of Criminal Compliance.

Key words: criminal law – general part – compliance – financial crimes – sectoral development in Peru – legal and criminal liability in Peru

CONTENDO: I. INTRODUCCIÓN.– II. DERECHO PENAL Y ORIGEN DEL *COMPLIANCE*.– II.1. DERECHO PENAL Y NUEVAS FORMAS DE CRIMINALIDAD ECONÓMICA.– II.2. ORIGEN Y DEFINICIÓN DEL *COMPLIANCE*.– III. *CRIMINAL COMPLIANCE* EN EL PERÚ.– III.1. *CRIMINAL COMPLIANCE* EN EL SISTEMA PENAL PERUANO. AVANCE SECTORIAL.– III.1.1. LAVADO DE ACTIVOS.– III.1.2. MEDIO AMBIENTE.– III.1.3. SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.– III.2. DEL CONTENIDO DEL *CRIMINAL COMPLIANCE* PARA ASEGURAR SU EFECTIVIDAD.– III.3. RESPECTO DE LA NECESIDAD DE QUE EL *CRIMINAL COMPLIANCE* RECOJA LAS CATEGORÍAS PENALES DE MANERA ADECUADA PARA LOGRAR SU FINALIDAD.– IV. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL PERÚ Y *CRIMINAL COMPLIANCE*.– IV.1. LA RESPONSABILIDAD PENAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO.– IV.2. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.– IV.2.1. CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS.– IV.2.2. SANCIONES A LAS PERSONAS JURÍDICAS POR LA DEFICIENCIA EN LA ORGANIZACIÓN.– IV.3. IMPACTO DEL *CRIMINAL COMPLIANCE* EN EL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD.– V. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

En conformidad con el desarrollo de las distintas actividades económicas, de los avances tecnológicos y científicos, entre otros, se generan nuevos riesgos para la sociedad en su conjunto. Es importante tener en cuenta que estos riesgos, consecuencia del desarrollo económico y tecnológico, son producidos por la actividad humana, individual o colectiva, por lo que, en principio, son controlables o susceptibles de ser disminuidos. De ahí que el derecho, a través de sus diferentes vertientes, entre a regular diversas situaciones riesgosas para la sociedad, con la finalidad de mitigar, reducir y prevenir tales situaciones¹.

De hecho, es interesante apuntar que, en los primeros siglos de la humanidad, los riesgos que las personas enfrentaban provenían de la naturaleza, por lo que el control sobre tales riesgos era imposible.

1 MENDOZA BUERGO, Blanca. *El derecho penal en la sociedad del riesgo*. Madrid: Civitas. 2001, p. 34.

La especialización en los trabajos y las tareas, la evolución de las sociedades y los grandes avances económicos son producto de la humanidad, son las personas quienes han creado tales avances. En ese sentido, al tener dentro del ámbito de su control las situaciones riesgosas, se puede decir que son controlables. A contrario sensu, aquellos riesgos que escapen del ámbito de control de una persona no podrán ser imputados a esta.

El derecho penal, a lo largo de la historia, se ha encargado de regular diversas actividades riesgosas para los valores que intenta proteger, como tipificar acciones como delictivas por considerarlas nocivas y perjudiciales para el ordenamiento jurídico. Es así que existen riesgos que son tolerados o permitidos y otros, que, debido a un juicio político-criminal, constituyen riesgos prohibidos que deben ser evitados o sancionados cuando se producen.

Durante los últimos años, se han originado nuevas formas de criminalidad relacionadas con el sistema económico y el sector empresarial. Ante la aparición de nuevos riesgos y nuevas formas de criminalidad, perjudiciales para la sociedad, el Estado es el encargado de establecer mecanismos para reducir, prevenir y sancionar estas situaciones. Sin embargo, la obligación de prevenir la creación de riesgos prohibidos o el aumento de los riesgos permitidos puede ser, también, trasladada a los privados, en el sentido de exigirles cumplir con ciertos parámetros normativos o reglas al momento de realizar actividades riesgosas o que podrían generar o aumentar un riesgo.

En la actualidad, para controlar y prevenir estos nuevos riesgos que se generan como consecuencia de la actividad del sector empresarial, se ha creado el *Compliance Program* o Programa de Cumplimiento Normativo, el cual constituye un mecanismo de autorregulación de las empresas para prevenir y/o evitar la comisión de infracciones legales. La idea es que las empresas internalicen o implementen un conjunto de normas o medidas que traten de asegurar la prevención de infracciones que se podrían generar como consecuencia de las actividades que realizan o debido al nivel de complejidad de su estructura organizacional. En el presente trabajo, centraremos el análisis en el denominado *Criminal Compliance*, un Programa de Cumplimiento Normativo destinado a cumplir con la normatividad penal a fin de prevenir y detectar la comisión de delitos y otras infracciones que podrían desencadenar la comisión de ilícitos.

En ese sentido, es importante determinar cuál es el contenido esencial que debe tener un programa de *Criminal Compliance* en el Perú para cumplir su finalidad, esto es: prevenir y/o evitar la comisión de delitos, o detectar aquellos que se han cometido. Para ello, se utilizará, principalmente, el método de investigación analítico, consistente en la descomposición de los elementos principales del *Criminal Compliance* para examinar cada uno de ellos. De esta manera, se busca determinar

627

CRIMINAL
COMPLIANCE EN EL
DERECHO PENAL
PERUANOCRIMINAL
COMPLIANCE IN
THE PERUVIAN
CRIMINAL LAW

cuáles son los elementos esenciales que debe cumplir para asegurar su funcionamiento en nuestra realidad. Además, será necesario estudiar la aplicación del sistema penal peruano, para esto se deberá analizar las categorías penales, principios y la regulación penal en distintos sectores empresariales, elementos esenciales que deberá recoger el *Criminal Compliance* para garantizar su efectividad. Asimismo, resulta de vital importancia pronunciarse respecto del sistema de responsabilidad penal aplicable en el Perú y cómo esto influye en la efectividad del *Criminal Compliance*.

II. DERECHO PENAL Y ORIGEN DEL COMPLIANCE

En el presente apartado se desarrollará la relación entre el derecho penal y las nuevas formas de criminalidad que se originan como consecuencia de las nuevas y diversas actividades empresariales y de los avances tecnológicos y científicos, entre otros, que se desarrollan en el mundo. Por otro lado, se repasarán los orígenes y fundamentos del *Compliance*. Asimismo, se señalará su finalidad y los elementos que componen su estructura.

II.1. Derecho penal y nuevas formas de criminalidad económica

El derecho penal representa una forma de control social formal. A través del poder punitivo del Estado, específicamente, de la criminalización de conductas (función preventiva) y de la sanción de las infracciones cometidas (función represiva), se busca controlar el comportamiento de las personas a fin de evitar la vulneración del ordenamiento jurídico. Es necesario mencionar que el derecho penal, al ejercer poder punitivo y coacción sobre las personas, se rige bajo el principio de última ratio y de mínima intervención, es decir, solo se ejercerá cuando otras formas de control social —informales o formales— fracasen. En tal sentido, queda claro que el derecho penal no interviene en todas las situaciones que generan algún daño al orden jurídico, sino que limita su actuación a aquellas situaciones más graves, más reprochables. De modo que la sobrecriminalización de conductas, es decir, la creación indiscriminada de delitos, constituye una injerencia inconstitucional en la esfera jurídica de las personas y contraria a los principios básicos del derecho penal.

Durante las últimas décadas, la sociedad ha sido testigo del desarrollo y crecimiento exponencial de diversas corporaciones como consecuencia de la liberalización del mercado, de la globalización, de las múltiples operaciones económicas que se realizan día a día y del avance científico y tecnológico. Estas distintas y nuevas actividades empresariales constituyen una fuente de riesgos y han dado lugar a la generación de nuevas formas de criminalidad, en especial, la criminalidad empresarial.

Sumado a esto, es necesario recordar los grandes escándalos económicos en Estados Unidos de América, como consecuencia de la quiebra de grandes corporaciones como Enron o Lehman Brothers Holdings Inc. Estos casos permiten percibir la relevancia de las corporaciones en la sociedad, en tanto generan un alto impacto, en algunas ocasiones negativo, provocando riesgos para los bienes jurídicos que el derecho penal busca proteger.

En efecto, de acuerdo con una encuesta realizada por PricewaterhouseCoopers (PwC)² en 90 países, resulta que el 6,3% de las empresas consultadas experimentó un episodio de delito económico, originados tanto interna como externamente. En el caso peruano, el 19,5% de las empresas ha sufrido un delito económico en los últimos 24 meses. Si bien la cifra no es alta, lo preocupante es que del 73,2% de las empresas peruanas que participaron de la encuesta y aseguraron no haber sido víctimas de un delito económico en los últimos 24 meses, el 41,4% no realizó una evaluación de riesgos de fraude en dicho periodo. Es decir, un gran porcentaje de las empresas peruanas no cuenta con mecanismos para la prevención y detección de delitos económicos que se cometan al interior o exterior de la empresa o como consecuencia de las actividades que esta realiza.

Frente a esta situación de creación de nuevos riesgos, el Estado, como parte de su deber de protección de la sociedad, ha decidido tomar acciones conducentes a controlar y prevenir tales situaciones de riesgo. Por ejemplo, en el caso de los Estados Unidos de América, si bien en 1991 la United States Sentencing Commission promulgó las «Sentencing Guidelines» para incentivar a las corporaciones a adoptar programas de *Compliance*, a fin de prevenir las infracciones legales, los casos recientes de grandes fraudes, estafas y evasión de impuestos por parte de las empresas han obligado al Estado a iniciar una acción preponderante con la finalidad de controlar los riesgos empresariales. El Perú, no ha sido ajeno a esta situación y ha mostrado un avance sectorial en cuanto a imponer y/o incentivar que las empresas adopten programas de *Compliance* en ciertos sectores. Ejemplos de esto son la ley 29783 —Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo—, la ley 28611 —Ley General del Medio Ambiente—, entre otras normas relacionadas con la lucha contra el lavado de activos. El avance sectorial del *Compliance* en el Perú, será tratado en el tercer apartado de este trabajo.

De lo antes expuesto, se tiene que la actividad empresarial y el desarrollo económico, tecnológico y científico generan nuevos riesgos que ponen en peligro los bienes jurídicos que el derecho penal busca proteger.

2 PricewaterhouseCoopers. «Delitos económicos: Una amenaza a los negocios. Encuesta de delitos económicos. PwC Perú 2014» (http://www.pwc.com/es_PE/pe/publicaciones/assets/delitos-economicos-2014.pdf).

Las diferentes actividades que una empresa realiza pueden hacerla incurrir en infracciones legales al no tomar las medidas adecuadas para prevenir esa situación. Frente a esto, el Estado busca realizar acciones conducentes a prevenir o reducir la comisión de infracciones normativas por parte de las empresas. Una manera de alcanzar este objetivo es promover que sean estas las que cumplan con prevenir o reducir riesgos mediante la implementación de Programas de Cumplimiento Normativo. Es necesario señalar que ello no libera al Estado de generar otros mecanismos para evitar la comisión de actos ilícitos.

A continuación, se hará referencia a los orígenes y fundamentos del *Compliance* y se señalará cuál es su finalidad y cuáles son los elementos que componen su estructura.

II.2. Origen y definición del *Compliance*

El *Compliance Program* o Programa de Cumplimiento Normativo es un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan³. A mediados de la década de 1970, diversas empresas estadounidenses y trasnacionales comenzaron a adoptar *Compliance Programs* con la finalidad de evitar y detectar infracciones legales, sobre todo las relacionadas con la libre competencia y antimonopolio (*antitrust*) y actos de corrupción (*bribery laws*)⁴. Así, el *Compliance* tiene su origen en la necesidad de las empresas de evitar la comisión de infracciones legales como consecuencia de las actividades que llevan a cabo en el mercado.

Sin embargo, no la adopción de programas de *Compliance* no depende exclusivamente de una decisión privada por parte de las empresas. Como hemos señalado en el apartado anterior, el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos que pueden verse afectados o puestos en peligro como consecuencia de las actividades que realizan las empresas. En tal sentido, el Estado busca prevenir los nuevos y ya existentes riesgos de la actividad empresarial a través del derecho penal de diversas maneras, entre ellas, la regulación de programas de prevención de riesgos de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas. En esa misma línea, resulta necesario señalar que desde la década de 1990, con la aparición de las «Sentencing Guidelines», se habla de la creación de incentivos para que sean las empresas mismas quienes se autorregulen, de allí el concepto de autorregulación regulada.

3 WELLNER, Philip A. «Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions». *Cardozo Law Review*, 27, 1 (2005), p. 501.

4 BASRI, Carole. *International Corporate Practice: A Practitioner's Guide To Global Success*. Nueva York: PractisingLawInstitute, 2014. pp. 2-6.

Como se ha señalado, el *Compliance* tiene como finalidad que las actividades de la empresa se enmarquen dentro del ámbito legal, es decir, que se garantice el cumplimiento normativo y no se infrinja. A través de un programa interno en el cual se establezcan distintas medidas de vigilancia y prevención de la creación de riesgos prohibidos o el aumento de riesgos permitidos, se busca evitar las infracciones legales. Así, existen obligaciones estatales y prácticas comunes dentro de las empresas que alimentan los programas de *Compliance*. Entre ellas, podemos mencionar la regulación estatal en diversos sectores empresariales, como es la prevención de riesgos laborales, lavado de dinero, protección de datos personales, medio ambiente, entre otros. Otro elemento importante son las disposiciones de *buen gobierno* corporativo adoptadas por distintas empresas. Además, no debemos olvidar los Códigos de Ética, práctica bastante común al interior de las empresas, cuya finalidad es la lucha contra la corrupción, contra las prácticas anticompetitivas, entre otras, y cuyo cumplimiento es de carácter obligatorio para los empleados⁵. Así, los programas de *Compliance* se ven influenciados por estos mecanismos relevantes para las actividades de las empresas.

En este punto, resulta importante señalar la doble función que se le asigna a los programas de *Compliance*. Por un lado tenemos la función preventiva. Esta consiste en un conjunto de medidas organizativas y de vigilancia interna de la empresa, cuya finalidad es que la empresa no incurra en infracciones normativas. Lo que se busca es impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa⁶. Por otro lado, se tiene la función de confirmación del derecho. Esta función consiste en establecer mecanismos para detectar las irregularidades que se cometan dentro de la empresa, así como para reparar las infracciones que se generen e, incluso, ponerlas en conocimiento de la autoridad correspondiente⁷.

Respecto al contenido del *Compliance*, es claro que se busca impedir la comisión de infracciones en las que la empresa podría incurrir, de acuerdo con los objetivos y valores en los cuales se fundamenta la empresa. Lo interesante es la transversalidad del *Compliance*, pues no solo se consideran los intereses de la empresa, entendidos como los objetivos de los accionistas o propietarios, de los funcionarios que ostentan altos cargos o de otros trabajadores, sino que también

631

CRIMINAL
COMPLIANCE EN EL
DERECHO PENAL
PERUANOCRIMINAL
COMPLIANCE IN
THE PERUVIAN
CRIMINAL LAW

5 NIETO, Adán. «Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal». En Lothar KUHLEN, Juan Pablo MONTIEL e Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.). *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 23-24.

6 GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Lima: Palestra Editores, 2014, pp. 22-23.

7 *Ibidem*.

se incluyen intereses de terceras personas, de socios comerciales, de distintos individuos, empresas o agencias que podrían verse afectadas por las actividades de la empresa⁸.

En el Perú, salvo ciertas excepciones que trataremos más adelante, no existe una obligación general por parte del Estado para que las empresas deban implementar programas de *Compliance*. Por ello, el implementar un programa de cumplimiento normativo en la empresa resulta ser más bien una decisión privada.

Para que una empresa tome la decisión de implementar un programa de *Compliance*, resultan relevantes una serie de elementos. En primer lugar, importa determinar la probabilidad de incurrir en infracciones legales. Como segundo punto, interesa determinar la actividad que realiza la empresa y cómo esto puede generar una mayor probabilidad de infringir las normas. En tercer lugar, es relevante la estructura interna de la empresa, si se trata de una estructura compleja con diversas gerencias y funciones delimitadas. Más allá de analizar y conocer el comportamiento interno de los funcionarios y empleados de la empresa, resulta necesario tener en cuenta los elementos antes mencionados⁹. En tal sentido, serán los elementos mencionados los que deberán ser tomados en cuenta al momento de adoptar un Programa de Cumplimiento Normativo o al momento en que el Estado lo establezca obligatoriamente, respetando el principio de mínima intervención y última ratio del derecho penal.

La tarea de implementar un sistema de cumplimiento normativo dentro de una empresa es compleja y dependerá de los factores ya mencionados (actividad empresarial, nivel de complejidad en cuanto a su estructura, probabilidad de cometer infracciones legales), evidentemente a mayor concurrencia de dichos elementos, mayor grado de complejidad de la implementación del programa de *Compliance*. Asimismo, es necesario un análisis de los beneficios que un programa de *Compliance* le puede otorgar a la empresa, el balance del cual dependerá de la evaluación privada que haga la empresa. Debe tenerse en cuenta que los beneficios pueden medirse no solo con relación a la cantidad de infracciones normativas que se han dejado de cometer o a las ganancias que la empresa ha dejado de perder como consecuencia de ya no incurrir en tales infracciones. Deberán tenerse en cuenta también otros intereses, otros beneficios que estos programas de cumplimiento normativo pueden otorgarle a las empresas. Existen una serie de incentivos distintos que pueden llevar a una empresa a implementar un programa

8 SIEBER, Ulrich. «Programas de *Compliance* en el derecho penal de la empresa». En Luis ARROYO ZAPATERO y Adán NIETO (eds.). *El derecho penal económico en la era Compliance*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 70.

9 GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, p. 28.

de *Compliance*, por ejemplo, la buena imagen que pueda tener en el mercado frente a accionistas y clientes, una mayor valorización de las acciones debido a que existen reglas internas de la empresa destinadas a la prevención de infracciones, una mejora en la transparencia de la información, entre otros.

La finalidad es clara: evitar incurrir en infracciones normativas y detectar aquellas que se hayan cometido. Se parte del supuesto de que resulta más costoso cometer la infracción y asumir las consecuencias que implementar un programa de *Compliance* con la finalidad de evitar dichas infracciones.

Habiendo mencionado los factores que deberán tomarse en cuenta para un análisis preliminar de la implementación de un programa de cumplimiento normativo dentro de una empresa, debe resaltarse los pasos que se siguen en el establecimiento de un programa de *Compliance*.

En primer lugar, se debe formular el programa de cumplimiento normativo. Esto quiere decir, recoger los procedimientos empresariales internos para la gestión de prevención de riesgos de infracción legal. Para ello, será necesario identificar los riesgos, definir las medidas de prevención, detección y comunicación, para, de esa manera, determinar la estructura del programa de *Compliance*¹⁰. En segundo lugar, se debe implementar el programa en la empresa, para ello será necesario informar al personal a todo nivel a fin de que conozcan los alcances del programa y adecuen su comportamiento al mismo. En tercer lugar, se debe buscar consolidar el programa y su mejoramiento. En esta etapa se deberá determinar aquellos puntos en los cuales el programa no ha sido eficaz y entender por qué no ha logrado cumplir su finalidad. Asimismo, deberá detectarse a los infractores dentro de la empresa y, dado el caso, imponer una sanción correspondiente¹¹.

Teniendo en cuenta la definición y el establecimiento de un programa de *Compliance*, trataremos, en el siguiente apartado, lo referido al *Criminal Compliance*. Esto es un programa de cumplimiento que tiene como finalidad evitar incurrir en la comisión de delitos. Así, se analizará los avances en ciertos sectores como la seguridad en el trabajo —en este punto se realizará un análisis más extensivo—, el medio ambiente y el lavado de activos. Por otro lado, se identificarán aquellos elementos que debe contener todo *Criminal Compliance* para garantizar su efectividad en el sistema penal peruano; para ello será necesario conocer y determinar las categorías penales esenciales que deben ser incluidas en el *Criminal Compliance*.

10 *Ibidem*, pp. 29-36.

11 *Ibidem*, pp. 41-45.

III. CRIMINAL COMPLIANCE EN EL PERÚ

En este tercer apartado, nos centraremos en el análisis del *Criminal Compliance* y su aplicación en el derecho penal peruano. Así, determinaremos y desarrollaremos los sectores empresariales en los que el Estado ha establecido imponerle, a aquellas empresas que desarrollan sus actividades en tales sectores, la obligación de adoptar Programas de Cumplimiento Normativo por considerar que el ámbito en el que se desempeñan puede generar riesgos para la sociedad. Por otro lado, determinaremos el contenido que un *Criminal Compliance* debería tener para garantizar su aplicación y que pueda cumplir con sus objetivos. Finalmente, se abordará el tema de la necesidad de que el *Criminal Compliance* recoja las categorías penales de manera adecuada para lograr su finalidad.

Como señalamos en el segundo apartado (II), un *Compliance Program* o Programa de Cumplimiento Normativo es un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan¹². En concreto, el *Criminal Compliance* representa un programa de cumplimiento que tiene como finalidad cumplir con la normativa penal de un determinado ordenamiento jurídico, evitar incurrir en la comisión de delitos y detectar aquellos que se hayan cometido para denunciarlos y/o sancionarlos. En la realidad, es común que las empresas adopten, de manera general, Programas de Cumplimiento Normativo que les permitan cumplir con toda la normativa aplicable al sector en el que desempeñan sus actividades, sean de carácter administrativo, laboral, societario, penal, entre otras¹³. Sin embargo, es probable que, atendiendo a las razones de la actividad que realiza la empresa, su compleja estructura organizativa o una obligación legal específica, se adopte un *Criminal Compliance*.

Partimos de la idea de que los agentes privados —empresas— se encuentran en una mejor posición para controlar y supervisar los riesgos que sus actividades puedan generar en la sociedad¹⁴. En efecto, las empresas cuentan con mayor información y conocimiento respecto de su organización y de los riesgos que la actividad que realizan puede generar, lo que les permite crear un *Criminal Compliance* que se ajuste a sus necesidades, pero que, a la vez, pueda cumplir con su finalidad. En tal sentido, se intenta crear incentivos para que las empresas voluntariamente adopten estos programas y se autorregulen. A pesar de ello y como veremos más adelante, existen ciertos sectores en los que el

12 WELLNER, Philip A. Ob. cit., p. 501.

13 NIETO, Adán. Ob. cit., p. 27.

14 GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, p. 55.

Estado considera necesario imponer a las empresas de un determinado sector la obligación de contar con un *Compliance Program*.

De lo expuesto, podemos inferir los objetivos y funciones del *Criminal Compliance*. En primer lugar, el objetivo central es el cumplimiento de la normatividad penal del ordenamiento jurídico en el cual la empresa desarrolle sus actividades o se encuentre su estructura compleja, ya que son estos elementos los más propensos a generar infracciones a la ley penal. En segundo lugar y como consecuencia del primer objetivo, el *Criminal Compliance* debe ser capaz de controlar y/o disminuir los riesgos que la actividad de una determinada empresa pueda generar. Se busca reducir la infracción a la normatividad penal, esto es, prevenir la comisión de delitos. En tercer lugar, el *Criminal Compliance* cumple una función de confirmación del derecho. Esto es así en razón de que la implementación de un *Criminal Compliance* en una empresa permite detectar e identificar las infracciones a la normatividad penal que cometan los individuos o funcionarios, proceder a sancionarlos y poner tales hechos en conocimiento de las autoridades.

A continuación, trataremos y desarrollaremos el modo en que se presenta el *Criminal Compliance* en el sistema penal peruano y los avances sectoriales que se han dado.

III.1. *Criminal compliance* en el sistema penal peruano: avance sectorial

En el ordenamiento jurídico peruano no existe una regla general que imponga la obligación a las empresas de adoptar un Programa de Cumplimiento Normativo de la ley penal¹⁵. Esto último guarda relación con el hecho de que en nuestro sistema no existe la responsabilidad penal de las personas jurídicas, por lo que estas no son destinatarias de la norma penal, sino que lo son, más bien, sus funcionarios o los sujetos individuales que conforman su estructura organizativa. En efecto, el deber de controlar y supervisar los riesgos que se puedan generar como consecuencia de las actividades que realiza una empresa le corresponde a sus directivos¹⁶. Para este cumplimiento existe plena libertad privada, es decir, en la actualidad, la empresa decide prevenir los riesgos que pueda ocasionar implementando un *Criminal Compliance* o cualquier otro mecanismo igualmente idóneo.

Como se ha señalado, la regla general es que la adopción de un Programa de Cumplimiento Normativo parta de una decisión privada de las empresas. Sin embargo, el Estado ha identificado ciertos sectores

15 *Ibíd.*, p. 56.

16 GARCÍA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte General*. Tomo I. Segunda edición. Lima: ARA Editores, 2007, p. 712.

en los que ha juzgado conveniente imponer la obligación a las empresas de adoptar Programas de Cumplimiento Normativo relacionados con la normatividad penal e incluso a determinar el contenido de estos programas. En efecto, existen empresas que realizan sus actividades en sectores considerados riesgosos para la sociedad o para el mercado, por lo que no resulta idóneo esperar a que estas adopten voluntariamente programas de cumplimiento normativo. Es así que, sobre la base de un claro intervencionismo, el Estado intenta anticiparse a una situación que ponga en riesgo bienes jurídicos y establece la obligación legal de adoptar dichos programas.

Los sectores en cuestión son aquellos que corresponden a los siguientes ámbitos: i) lavado de activos; ii) medio ambiente; y iii) seguridad y salud en el trabajo. En estos tres sectores se ha identificado una fuente de riesgos que requiere una regulación estatal pues no es suficiente con la autorregulación de los privados. A continuación analizaremos los referidos sectores, haciendo un análisis más detallado en el ámbito de la seguridad y salud en el trabajo.

III.1.1. Lavado de activos

Existe normatividad específica que establece la adopción de Programas de Cumplimiento Normativo por parte de sujetos obligados por la norma con la finalidad de evitar incurrir en actividades que podrían ser catalogadas como de lavado de activos. Es importante tener en claro que el lavado de activos constituye un proceso que tiene por finalidad darle apariencia de legitimidad a los activos obtenidos como producto de actividades criminales. Se trata de una actividad ilícita ligada a la criminalidad organizada, lo que genera un gran impacto en la sociedad, pues abarca diferentes sectores. Para hacerle frente a esta actividad ilícita, se promulgó el decreto legislativo 1106 —Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos—¹⁷. Esta norma tipifica diferentes delitos como los actos de conversión y transferencia (artículo 1); actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2); actos de transporte o traslado de dinero o títulos valores (artículo 3). Asimismo, tipifica el delito de omisión de la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5); delito de rehusamiento, retardo o falsedad en el suministro de información (artículo 6). Finalmente, regula consecuencias accesorias para personas jurídicas (artículo 8) y el decomiso de los activos involucrados (artículo 9).

Con la finalidad de colaborar en una lucha eficaz contra el lavado de activos, el 12 de abril de 2002, se publicó la ley 27693 —Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF)—¹⁸. Esta

¹⁷ Decreto legislativo 1106.

¹⁸ Ley 27693.

norma establece que, para impedir o descubrir la realización de actos de lavado de activos, los sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito específico de actuación. Tal como lo establece el artículo 8 de la ley 27693, los sujetos obligados son entidades financieras y bancarias, entre otros sujetos del sector privado y público.

La obligación de implementar el sistema de prevención y detección que la referida ley exige recae sobre el directorio de la empresa. Incluso si es que se trata de una empresa con una organización compleja, se debe nombrar a una persona, con estatus directivo, para que se encargue de la implementación, funcionamiento y mejoramiento del sistema de prevención y detección. La ley califica a este directivo como un oficial de cumplimiento, de ahí que se pueda decir que este sistema de prevención y detección de lavado de activos constituye un programa de cumplimiento normativo sectorial¹⁹.

Es así que para los sectores vulnerables al lavado de activos, se da una excepción a la regla general, a saber, que las empresas adopten voluntariamente Programas de Cumplimiento Normativo. El Estado considera que dejar a la libre decisión de los sujetos no constituye una garantía para la lucha contra el lavado de activos, es por ello que asume un rol intervencionista dejando atrás el concepto de autorregulación. En efecto, la ley 27693 establece los parámetros que deben ser incorporados en los sistemas de prevención y detección, bajo sanción en caso de incumplimiento.

III.1.2. Medio ambiente

En este sector se ha implementado la ley 28611 —Ley General del Medio Ambiente—. Esta norma establece, en el artículo VI del Título Preliminar, que toda persona tiene el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental con la finalidad de prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. En concreto, las empresas cuya actividad pueden generar algún impacto al medio ambiente deben adoptar medidas de prevención de riesgos y daños que podrían generarse al medio ambiente, así como demás medidas para preservar y proteger el medio ambiente.

Al igual que en el caso anterior, el Estado considera que el bien jurídico «medio ambiente» debe tener una especial protección penal en relación con los programas de cumplimiento. Es por ello que establece la obligación a los privados que realizan actividades que generan impactos en el medio ambiente de incorporar programas de cumplimiento con las normas en materia ambiental.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, pp. 76-77.

637

CRIMINAL
COMPLIANCE EN EL
DERECHO PENAL
PERUANOCRIMINAL
COMPLIANCE IN
THE PERUVIAN
CRIMINAL LAW

Es necesario apuntar que, si bien existe la obligación de implementar un Programa de Cumplimiento Normativo ambiental, le corresponderá a las empresas determinar qué mecanismos utilizar para evitar el daño al medio ambiente. Aunque, cabe precisar, la normatividad en este sector establece ciertas reglas y parámetros que deben ser tenidos en cuenta por las empresas.

III.1.3. Seguridad y salud en el trabajo

En tercer lugar, otro sector en el que el Estado ha dispuesto la obligación de las empresas de adoptar un programa de cumplimiento normativo es el de seguridad y salud en el trabajo. El Estado ha considerado que la protección de los trabajadores en el sector laboral representa un ámbito sensible debido a las situaciones riesgosas que pueden generarse. Por ello, dejar a la libre decisión de las empresas el cumplir con la normatividad en seguridad y salud en el trabajo no es suficiente.

En ese sentido, el 20 de agosto de 2011, se publicó la ley 29783 —Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo—. Esta ley impone la obligación a los empleadores de implementar medidas de cumplimiento normativo del sector. La referida norma establece una serie de principios sobre los cuales se basa, como el deber de prevención, el de responsabilidad del empleador y el deber de protección. Respecto de los deberes de prevención y de protección, se señala que el empleador tiene la obligación de prevenir los riesgos de la actividad que realiza para la seguridad y salud de los trabajadores. Para ello será necesario que cuente con medios y condiciones que aseguren que la actividad realizada por los trabajadores se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. En atención al principio de responsabilidad, es el empleador quien asume los costos de implementación de un Programa de Cumplimiento Normativo y quien asume la responsabilidad por no haber implementado este programa si, como consecuencia de ello, se produjese un accidente que el trabajador sufra en el desempeño de su actividad.

De acuerdo con lo establecido por la norma, se trata de que las empresas adopten programas de cumplimiento normativo en el sector de seguridad y salud en el trabajo. Para ello, deberá tenerse en cuenta la actividad que cada empresa realiza. Conforme lo establece en el artículo 2, la ley es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios. Sin embargo, dependerá de la complejidad de la organización y de la actividad en sí el hecho de que la empresa adopte un programa de cumplimiento estricto y contundente, ya que existen actividades más riesgosas que otras. Es importante mencionar el artículo 3 de la ley, donde se establecen parámetros mínimos para la prevención de los riesgos laborales y se acepta, sin embargo, que los privados establezcan libremente niveles de protección mayores que mejoren la situación de los trabajadores.

Como se señaló, se busca el cumplimiento normativo para prevenir los riesgos laborales. En atención a ello, primero, se deben identificar los riesgos que la actividad empresarial puede conllevar. En segundo lugar, se procede con la gestión del riesgo, esto es, evitar su creación u origen y, en caso no sea posible, controlarlo²⁰. Por otro lado, el Estado considera que la obligación legal de adoptar un sistema de cumplimiento normativo no es suficiente para asegurar la seguridad y salud de los trabajadores. Así, en la cuarta disposición complementaria modificatoria incorpora al Código Penal el artículo 168-A, el cual tipifica el delito de atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales²¹. Es decir, al considerar este sector como sensible y propenso a la generación de riesgos para los trabajadores, el Estado encuentra justificado hacer uso del *ius puniendi*.

El tipo penal tipificado en el artículo 168-A del Código Penal representa una ley penal en blanco, esto es, para determinar su contenido será necesario remitirnos a normas extrapenales, en concreto a la ley 29783. De ahí que la norma establezca textualmente lo siguiente: «El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado [...]».

Esta norma constituye un tipo penal de peligro concreto, pues requiere que el sujeto activo ponga efectivamente en peligro al bien jurídico, esto es, que este último experimente una situación de peligro concreto, que exista una gran probabilidad de que el bien jurídico pueda ser lesionado, el bien jurídico en cuestión es la seguridad y salud en el trabajo. Es por ello que la norma señala textualmente «[...] poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física [...]». Es necesario hacer referencia a la agravante de este tipo penal, el cual requiere un resultado, una lesión o extinción del bien jurídico, esto es «muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros».

Como se mencionó anteriormente, el empleador es quien tiene el deber de implementar los programas de cumplimiento normativo. De hecho, el tipo penal en referencia sanciona la no adopción de un programa de cumplimiento normativo destinado a la prevención de los riesgos laborales. Entonces, la conducta típica consistirá en no adoptar las medidas de seguridad previstas en la ley, situación que pone en un peligro concreto a los trabajadores.

20 *Ibidem*, p. 82.

21 Artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales: «El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando legalmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años.

Si, como consecuencia de una inobservancia de las normas de seguridad y salud en el trabajo, ocurre un accidente de trabajo con consecuencias de muerte o lesiones graves, para los trabajadores o terceros, la pena privativa de libertad será no menor de cinco años ni mayor de diez años».

El ámbito seguridad y salud en el trabajo constituye otro sector en el que el Estado deja atrás la idea de la autorregulación y establece obligaciones legales para que las empresas adopten programas de cumplimiento normativo.

III.2. Del contenido del *Criminal Compliance* para asegurar su efectividad

Teniendo en consideración lo expuesto, debe quedar claro que los Programas de Cumplimiento Normativo, por lo general, no están solamente destinados a cumplir con la normativa penal, sino con toda la normativa que le es aplicable y que deben respetar, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. El objetivo del *Compliance* no es evitar que las empresas sean sancionadas, o que sus funcionarios sean sancionados penalmente por cometer un delito específico, sino cumplir con toda la normatividad penal²².

Es así que con el *Criminal Compliance* se busca asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita cumplir con las normas jurídico penales. En tal sentido, más allá de los complejos debates doctrinarios del derecho penal económico o del derecho penal en general, en cuanto a atribución de responsabilidad, autoría y participación, configuración del tipo penal, debe establecerse un programa efectivo. El cumplimiento normativo debe comenzar normalmente mucho antes de que pueda configurarse el tipo penal, esto es desde antes que los elementos objetivos del tipo concurren. Por ello se habla de un cumplimiento de la normatividad penal, prevenir incurrir en delitos. Esta forma de entender el cumplimiento normativo es especialmente útil para empresas multinacionales que actúan en varios ordenamientos. En estos casos, lo más funcional es apostar por el máximo denominador común y establecer como conductas a prevenir aquellas que estén tipificadas en el ordenamiento más exigente²³.

III.3. Respecto de la necesidad que el *Compliance* recoja las categorías penales de manera adecuada para lograr su finalidad

En relación con lo anterior, se busca crear un *Criminal Compliance* destinado al cumplimiento de la normatividad penal del ordenamiento jurídico. Es importante que el programa de cumplimiento pueda adaptarse a los giros que el negocio de la empresa realice, a las actividades que lleva a cabo y a los cambios del mercado, así como a los cambios de la legislación. Se busca un sistema de cumplimiento normativo que pueda

22 NIETO, Adán. Ob. cit., p. 27.

23 *Ibidem*, pp. 27-28.

adaptarse a distintos ordenamientos jurídicos y lograr su finalidad. Para ello, será necesario recoger y entender ciertas categorías penales que funcionen como base de su actuación y puedan adaptarse a la estructura y a la actividad de la empresa.

IV. SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL EN EL PERÚ Y *CRIMINAL COMPLIANCE*

En este apartado desarrollaremos la relación entre el *Criminal Compliance* y el sistema de responsabilidad penal adoptado por nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido, será necesario referirnos al modelo de responsabilidad penal que rige en el Perú. Además, se tratará el régimen penal aplicable a las personas jurídicas, teniendo en consideración el fundamento utilizado para sancionarlas. Finalmente, se desarrollará la relevancia del *Criminal Compliance* para la responsabilidad penal del individuo y/o persona jurídica.

IV.1. La responsabilidad penal en el ordenamiento jurídico peruano

El ordenamiento jurídico peruano ha consagrado el principio de responsabilidad penal individual. Esto significa que serán las personas naturales quienes serán sancionadas penalmente por los ilícitos penales que cometan. Como se desarrollará más adelante, las personas jurídicas no tienen responsabilidad, sin embargo, la ley penal ha establecido sanciones para determinados supuestos.

En el ámbito de la criminalidad empresarial, el legislador peruano ha establecido ciertas reglas para desincentivar estas conductas. Por ejemplo, si en el marco de la actuación de una empresa, sus representantes (gerentes, directores, accionistas) incurrir en delito, estos responden penalmente en virtud del artículo 27 del Código Penal, el cual señala expresamente que: «El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito, es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada».

Al respecto, los funcionarios de la empresa pueden ser responsables penales directos (como autores o partícipes) cuando cometen delitos por intermedio de la sociedad²⁴ —supuesto del artículo 27 del Código Penal— o si el ejercicio indebido de sus funciones constituye un delito en

²⁴ Código Penal, artículo 27. Actuar en lugar de otro: «El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada».

agravio de terceros o de la propia sociedad. En este punto es importante mencionar que la cláusula del «actuar en lugar de otro», regulado en el artículo 27 del Código Penal, solo está reservada para aplicarse en delitos especiales propios²⁵ y no en delitos comunes.

IV.2. Responsabilidad penal en el Perú y personas jurídicas

Respecto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en la doctrina se han desarrollado dos grandes teorías. Repasaremos brevemente el fundamento de cada una de ellas. Por un lado, tenemos el sistema vicarial o de heterorresponsabilidad, también llamado sistema de transferencia. El fundamento de este sistema recae en el hecho de que si una persona natural comete el delito en el seno de una persona jurídica (típicamente, en su nombre y/o en su provecho), la responsabilidad penal del individuo se transfiere a la sociedad. Entonces, será suficiente que en la persona natural concurren los requisitos clásicos de la culpabilidad para que la persona jurídica responda penalmente. Desde la perspectiva de la persona jurídica, por tanto, esta regla de imputación da lugar a una suerte de responsabilidad penal objetiva del ente, una responsabilidad desconectada del dolo o la imprudencia de la organización²⁶.

Por otro lado, tenemos el sistema de responsabilidad por defecto de organización. En este modelo se tiene en cuenta la propia conducta de la persona jurídica, el hecho propio de la organización. En ese sentido, se analiza su estructura interna, su organización y (i) si el modo de organizarse era al menos negligente y facilitó la comisión de delitos, la persona jurídica responderá penalmente, mientras que (ii) si, por el contrario, no puede detectarse un fallo en la organización que coadyuvara al hecho delictivo, es decir, si el delito se cometió a pesar de o sorteando voluntariamente los controles y medidas de prevención dispuestos por la persona jurídica, esta no asumirá responsabilidad penal²⁷.

25 Como bien lo señala el profesor Abanto Vásquez, «los delitos especiales solamente pueden ser cometidos por sujetos que reúnan una cualidad determinada (los «intrañe»), mientras que los que no reúnan tal cualidad (los «extraneñe» o «extraños»), ya por mandato de la ley, no pueden cometer tal delito especial como «autores». Además, los delitos especiales pueden presentarse como «propios» o como «impropios». Los delitos especiales «propios» son aquellos en los que el injusto penal se basa decisivamente en la cualidad especial de quien comete los hechos; por ejemplo en el C.P. peruano, el «prevaricato» (art. 418), el «abuso de autoridad» (art. 376 y ss.), la «malversación de fondos» (art. 389) o el «cohecho» (art. 393 y ss.) del C.P. peruano. No existe un tipo común similar a estos. En cambio, en los delitos especiales impropios la cualidad no constituye, sino solamente agrava el injusto penal ya existente; o sea, existe ya un tipo penal común al cual se puede recurrir en caso de no existir tal cualidad en el autor; ello ocurre, en el C.P. peruano, con el «peculado» (art. 387) que puede verse como un caso agravado del «hurto» (art. 185) o de la «apropiación indebida» (art. 190); o la «concusión» (art. 382) en relación con las coacciones (art. 151) o la «estafa» (art. 196)» (ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Palestra Editores, p. 41).

26 CLEMENTE CASAS, Ismael y Manuel ÁLVAREZ FEIJOO. «Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿y qué forma le doy? (Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en la 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)». *Actualidad Jurídica Uría Méndez*, 28 (2011), p. 27.

27 *Ibidem*.

Teniendo en cuenta lo anterior, se puede señalar que los *Criminal Compliance* resultan aplicables para el segundo modelo, el sistema de responsabilidad por defecto de organización. En el sistema de transferencia la propia conducta de la persona jurídica, su organización, resulta indiferente. Si la persona física ha cometido un delito, la persona jurídica responde siempre por el hecho de otro. Por ello, sería irrelevante que contara con un excelente programa de cumplimiento normativo, con uno malo o que no lo tuviera en absoluto²⁸.

En el sistema penal peruano, las personas jurídicas no tienen responsabilidad penal, es decir, no responden penalmente de manera directa como lo hacen las personas naturales. Esto es así en atención al principio *societas delinquere non potest*. Sin embargo, lo anterior no puede interpretarse en el sentido de que las empresas no responden en absoluto. La normativa penal aplicable ha establecido supuestos en los que la persona jurídica responderá indirectamente por los delitos que cometan sus funcionarios. Así, dentro de un proceso penal, las empresas pueden ser consideradas terceros civilmente responsables, lo cual las obliga a indemnizar patrimonialmente a los afectados por el delito cometido por sus representantes cuando estos hayan actuado como órganos de representación autorizados o utilizando a la organización para favorecer u ocultar las infracciones penales. De la misma manera, las personas jurídicas podrán ser pasibles de la imposición de alguna de las consecuencias accesorias previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, entre ellas la clausura, suspensión, disolución y prohibición de realizar actividades, si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo.

Desde un punto de vista de política criminal, se puede señalar que la imposición de sanciones penales o administrativas a las personas jurídicas es la forma de motivar a sus directivos para que establezcan programas de cumplimiento normativo eficaces. Sin embargo, existen también otras posibilidades de presión establecidas en el ordenamiento jurídico. Así, hemos hecho ya referencia a los sectores vulnerables al lavado de activos, a aquellos que representan un riesgo para el medio ambiente y a la seguridad y salud en el trabajo, en los cuales el Estado exige a las empresas la adopción de programas de cumplimiento normativo. Por otro lado, otra posibilidad es que el derecho administrativo pueda exigir a las empresas que deseen contratar con la Administración poseer programas de cumplimiento en materia anticorrupción, por ejemplo, o utilizar el sistema de «listas negras» y excluir de las licitaciones a aquellas que hayan sido condenadas por corrupción²⁹.

28 *Ibidem*.

29 ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO. Ob. cit., p. 14.

643

CRIMINAL
COMPLIANCE EN EL
DERECHO PENAL
PERUANOCRIMINAL
COMPLIANCE IN
THE PERUVIAN
CRIMINAL LAW

IV.2.1. Consecuencias accesorias aplicables a la personas jurídicas

Como se señaló, las personas jurídicas no resultan penalmente responsables al no estar en capacidad de cometer delitos. Sin embargo, la normativa penal ha establecido ciertas sanciones aplicables a las personas jurídicas si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. Así ha quedado establecido por el artículo 105 del Código Penal, el cual regula una serie de medidas accesorias —sanciones— aplicables a las personas jurídicas, como son la clausura, suspensión, disolución y prohibición de realizar actividades.

En este supuesto, la persona jurídica es un instrumento utilizado por sus funcionarios para la comisión de delitos. No se trata de un hecho propio de la organización empresarial, sino de un hecho ajeno por el cual será sancionada —no penalmente, sino con lo establecido en el artículo 105 del Código Penal— si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo. A la persona jurídica no se le atribuye un hecho como propio, pues no tiene responsabilidad, no es un sujeto exigible por la norma, no tiene culpabilidad.

En este sentido, las consecuencias accesorias no se fundamentan en un defecto de la organización de la persona jurídica, sino en el hecho ajeno, en la actividad ilícita de sus funcionarios o representantes. Entonces, en este supuesto, no resulta relevante que las personas jurídicas cuenten con un *Criminal Compliance* ya que, cuenten con uno o no, si un funcionario de la empresa cometiera el hecho punible en ejercicio de la actividad de la empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, se aplicarán las sanciones antes mencionadas. A partir de allí se puede inferir que este modelo no genera incentivo alguno para que las personas jurídicas adopten programas de cumplimiento normativo en lo penal ya que, sea que lo hagan o no, responderán por un hecho ajeno.

IV.2.2. Sanciones a las personas jurídicas por defecto de organización

En contraposición al supuesto anterior, es preciso enfocarnos en una situación de responsabilidad por defecto de organización de la persona jurídica. En este supuesto, la persona jurídica genera riesgos, es proclive a la comisión de delito, debido a su ineficiente organización. Es decir, la falta de organización es el presupuesto de la responsabilidad, mas no el fundamento de culpabilidad, en el sentido de que las personas jurídicas no tienen culpabilidad. En este caso, la persona jurídica resulta responsable por el hecho propio, consistente en la falta de organización, y no por el hecho ajeno, el cometido por la persona individual. De otro modo, se violaría también el principio de *ne bis in idem* al sancionarse dos veces el mismo hecho. Puesto que la falta de organización constituye,

además, el presupuesto fundamental de responsabilidad de la persona jurídica³⁰.

Resulta interesante tener como ejemplo el sector de seguridad y salud en el trabajo y la relación con el *Criminal Compliance* y el defecto en la organización. Como se mencionó en el apartado (III), el Estado ha establecido una serie de medidas que las empresas que desempeñan su actividad en ciertos rubros deben adoptar con la finalidad de reducir los riesgos en los que los trabajadores podrían estar inmersos. En ese sentido, se exige a las empresas que adopten programas de cumplimiento normativo para actuar conforme a la normativa aplicable. De ahí que, de no hacerlo, resulten responsables.

En atención, a los accidentes en el sector seguridad y salud en el trabajo, queda claro que el ordenamiento jurídico no puede exigir más allá de lo que se encuentre en las posibilidades del sujeto obligado por la norma. Esto quiere decir que, teniendo en cuenta el ejemplo anterior, el que la víctima se ponga a sí mismo en peligro no puede tener como consecuencia una sanción a la empresa basada en el defecto de su organización, cuando ha cumplido con adoptar las medidas necesarias para reducir los riesgos como lo establece la norma.

Lo anterior, es respaldado por el artículo VII del Código Penal, que establece la proscripción de toda forma de responsabilidad objetiva en el ordenamiento jurídico penal. Con relación a lo mencionado, no se le asignará responsabilidad penal a los gerentes por cualquier accidente ocurrido en el centro de trabajo, sino solo si este ocurre como consecuencia de la inobservancia, de manera dolosa, de las normas de seguridad y salud en el trabajo. Es decir, por el hecho de no implementar las medidas a las que legalmente estaba obligado.

IV.3. Impacto del *Criminal Compliance* en el sistema de responsabilidad

Como se ha señalado, la aplicación y la relevancia del *Criminal Compliance* guardan relación con el sistema de responsabilidad penal que cada ordenamiento jurídico establece. En el Perú, al no existir responsabilidad penal de las personas jurídicas, no existe el incentivo para que estas adopten programas de cumplimiento normativo. Lo mismo sucede en el caso de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, las que se imponen sobre la base de un hecho ajeno a la empresa, de un acto ilícito cometido por un funcionario de la misma. Distinto es el caso en el que el Estado ha impuesto la obligación a las empresas de adoptar programas de cumplimiento normativo, como en

30 *Ibidem*, p. 16.

los casos en que se busca luchar contra el lavado de activos, o proteger el medio ambiente y o la seguridad y salud en el trabajo.

Así, lo que ocurre en el sistema de transferencia no es que los programas de cumplimiento carezcan de sentido, lo tienen: su función es evitar que se realicen delitos en el seno de la persona jurídica que puedan dar lugar a responsabilidad penal. Sin embargo, sucede que una vez que el delito aparece, carecen de relevancia para la defensa penal de la entidad. Por el contrario, en un sistema de responsabilidad por defecto de la organización, las cosas son distintas, pues tener una buena organización preventiva es la clave para decidir el sí y el cuándo de la responsabilidad de la persona jurídica³¹.

Es por ello que, un *Criminal Compliance* tendrá una mayor relevancia en un sistema que sancione penalmente a las personas jurídicas por defecto de su organización. Sin embargo, resulta interesante la relevancia de estos programas en los sectores ya mencionados, donde existe la obligación de contar con un *Compliance Program*. Esto es particularmente así en atención a cuál es la consecuencia de adoptar estos programas, en el caso en el que, por ejemplo, a pesar de que la empresa cuente con un programa de cumplimiento normativo real, algún funcionario logre burlarlo y cometer un accionar delictivo. En esta situación, el *Compliance Program* debe ofrecer la seguridad de blindar a la empresa y evitar que se le sancione cuando ha cumplido con todo lo que estaba a su alcance, pues tampoco se le pueden exigir controles imposibles.

V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo hemos desarrollado la relación entre el derecho penal y el *Compliance Program* de forma general, señalando su origen, sus elementos constitutivos y su finalidad. Se ha constatado que, ante la creación de nuevos riesgos producto del desarrollo económico e industrial y el avance científico y tecnológico, el derecho penal establece una serie de medidas para aminorar o combatir riesgos. Así, se ha originado el *Criminal Compliance*, entendido como el dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan. En efecto, podemos mencionar los sectores vulnerables al lavado de activos, la seguridad y salud en el trabajo y la protección del Medio Ambiente, como ejemplos en los cuales el Estado ha impuesto la obligación a las empresas de contar con Programas de Cumplimiento Normativo.

31 *Ibidem*, pp. 15-16.

De lo expuesto se concluye que, en primer lugar, el *Criminal Compliance* debe buscar el cumplimiento de toda la normativa penal que pueda ser aplicable a la empresa, sea por la actividad en la cual se desempeña o por su compleja estructura. En ese sentido, el referido Programa de Cumplimiento Normativo Penal debe ser capaz de adaptarse a distintos ordenamientos jurídicos para los casos de empresas que operan en distintos países. Asimismo, debe ser flexible en el sentido de poder adecuarse a los distintos rumbos que tome el giro del negocio de la empresa.

En segundo lugar, la decisión de adoptar un *Criminal Compliance* debe partir de una decisión privada de la empresa, sobre la base de un análisis que tome en cuenta la actividad que desempeña, la normativa aplicable, la estructura organizacional, entre otros. Resulta peligroso que el Estado imponga indiscriminadamente y de manera general el deber a las empresas de contar con Programas de Cumplimiento Normativo en atención a los altos costos que esto podría generar. Sin embargo, es importante mencionar que la adopción voluntaria de un *Criminal Compliance* por parte de una persona jurídica evidencia el interés de esta en adecuar su actividad a la normatividad aplicable al sector en el que se desempeña. En otras palabras, una cultura de cumplimiento normativo.

En tercer lugar, la aplicación y la relevancia del *Criminal Compliance* guardan relación con el sistema de responsabilidad penal que cada ordenamiento jurídico establece. En el Perú no se ha implementado la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo cual tiene como consecuencia que no se generen los incentivos suficientes para promover que las empresas adopten un Programa de Cumplimiento Normativo. A pesar de ello, el *Criminal Compliance* continúa manteniendo su función, esto es, el cumplimiento de la normatividad penal a fin de evitar incurrir en la comisión de delitos.

Finalmente, de lo expuesto se puede inferir una nueva etapa en la discusión de la adopción de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. La justificación simplista, *societas delinquere non potest*, para no establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta, en estos tiempos, obsoleta.

Recibido: 09/09/14
Aprobado: 19/09/14

647

CRIMINAL
COMPLIANCE EN EL
DERECHO PENAL
PERUANOCRIMINAL
COMPLIANCE IN
THE PERUVIAN
CRIMINAL LAW