

# Programas de Cumplimiento Como Mecanismo de Lucha Contra la Corrupción: Especial Referencia a La Autorregulación de Las Empresas

Guillermo Astudillo Meza\*  
Sandra Jiménez Montes\*\*

## Resumen:

El presente artículo analiza la influencia que en los últimos años ha tenido el fenómeno de la autorregulación para el derecho como mecanismo de supervisión de las organizaciones empresariales y sus implicancias en la lucha contra la corrupción pública a través de los programas de cumplimiento para las empresas.

## Palabras clave:

Autorregulación – Programas de cumplimiento – Compliance – Responsabilidad penal de la persona jurídica – Contratación pública – Derecho penal

## Abstract:

This article analyzes the influence self-regulation has had in the recent years as a law instrument that helps monitor corporate organizations, as well as its consequences in the fight against public corruption through corporate compliance programs.

## Keywords:

Self-regulation – Compliance programs – Compliance – Criminal responsibility of legal persons – Public procurement – Criminal law

## Sumario:

1. Introducción – 2. Autorregulación y autorregulación regulada – 3. Autorregulación de las empresas a través de los programas de cumplimiento – 4. Autorregulación de la empresa y contratación pública – 5. A manera de conclusión

\* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres. Doctorando en derecho procesal por la Universidad de Salamanca (España). Máster en derecho penal por la Universidad de Salamanca. Socio fundador de Corporate Compliance.

\*\* Abogada por la Universidad de Lima. Especialista en derecho ambiental y en seguridad y salud ocupacional.

## 1. Introducción

En los últimos años se ha retomado la discusión sobre la necesidad de incrementar la regulación estatal hacia las empresas, pues los desastres financieros y los escándalos de corrupción en las que han estado involucradas en los últimos años demuestran los perniciosos efectos que pueden ocasionar a la sociedad y a la economía cuando la dirección no se ejerce adecuadamente<sup>1</sup>.

Para combatir este fenómeno, diversos organismos internacionales han venido recomendando al sector empresarial adoptar una serie de medidas con el objetivo de mejorar la gestión<sup>2</sup>. Entre los conceptos más usados para identificar a estas medidas tenemos dos (en idioma inglés y en el español, respectivamente): “*compliance*” o también llamado “*programa de cumplimiento*”. En la literatura académica ambos conceptos describen una serie de medidas orientadas a lograr una gestión empresarial que evite la comisión de delitos y promueva valores

éticos en la empresa<sup>3</sup> con el objetivo de fomentar y concretar una cultura empresarial de “*cumplimiento de la legalidad*” al interior de la organización.

Para hacer más efectivo el cumplimiento de la legalidad y la lucha contra la corrupción, algunos Estados han recurrido al derecho penal, siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales para incorporar a sus derechos internos la responsabilidad penal para las personas jurídicas<sup>4</sup> atendiendo al denominado modelo por “*defecto de organización*”<sup>5</sup>. Este modelo se encuentra recogido en varios proyectos de ley del Congreso de la República al punto que en enero de 2015 la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el pre dictamen del proyecto de Ley del Nuevo Código Penal [en adelante el NCP] en cuyo texto el legislador ha propuesto la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que la empresa incurra en el delito de cohecho activo internacional [Arts. 130 y 584 del proyecto]<sup>6</sup>.

- 1 Las falsedades contables de la empresa *Worldcom*, que se declaró en insolvencia el 2002, causaron en los EE. UU. un perjuicio de 107 mil millones de dólares americanos (cfr. [http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom\\_bankruptcy](http://money.cnn.com/2002/07/19/news/worldcom_bankruptcy), al 20 de febrero de 2015). En el caso de la empresa *Enron* que entrara en insolvencia el 2001, el perjuicio causado, entre otras cosas a través de falsedades contables y estafas, importaba alrededor de 60 mil millones de dólares americanos (cfr. [http://en.wikipedia.org/wiki/Enron\\_scandal](http://en.wikipedia.org/wiki/Enron_scandal), al 20 de febrero de 2015). En un caso descubierto el año 2000, la firma fraudulenta *Flowtex* causó en Alemania, a través de negocios ficticios, daños por un monto de 1,500 millones de marcos alemanes (cfr. el panorama ofrecido en “*Manager-Magazin*”, <http://www.manager-magazin.de/unternehmen/artikel/0,2828,159227,00.html>, al 20 de febrero de 2015). En el caso del consorcio italiano *Parmalat*, producido el 2003, se acusó a la dirección de la empresa manipulaciones contables con un perjuicio que llegaba a aproximadamente 23 mil millones de euros (comp. “*Arie The Observer*” de 04 de enero de 2004, <http://observer.guardian.co.uk/business/story/0,6903,1115471,00.html>, al 4 de enero de 2015).
- 2 En ese sentido, podemos citar las iniciativas a nivel internacional como el Pacto Mundial sobre Responsabilidad Social (2000) promovido por las Naciones Unidas, las Directrices de la OCDE para empresas multinacionales (2000), la Declaración Tripartita de la OIT sobre empresas internacionales y política social (1977-2000), la norma AA-1000 realizada en noviembre de 1999 por el *Institute of Social Ethical Accountability* o la SA-8000 promovida por la agencia acreditadora del *Council on Economic Priorities* las mismas que tenían como objetivo conseguir un verdadero compromiso de las empresas con la responsabilidad social corporativa. Otro claro ejemplo de la influencia que han tenido los organismos internacionales son las exigencias establecidas por la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción (CNUCC) y el Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo Europeo para sancionar a las personas jurídicas. Así mismo, la recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) para combatir el Soborno transnacional adoptado en 2009 pide a los países miembros que animen a las empresas a desarrollar controles internos adecuados, principios éticos y programas o medidas de cumplimiento con el fin de evitar y detectar el soborno transnacional.
- 3 En ese sentido, Bacigalupo es de la opinión que la ética tiene una significativa función en el ámbito de la empresa ya que ésta se percibe claramente en la llamada ética de los negocios (*Business ethics*) o en los códigos de conducta (*Codes of conduct*), de prevención interna contra la deslealtad (*whistle-blowers*) las cuales son manifestaciones particulares de las técnicas de autorregulación en el ámbito de la ética de los negocios, en: BACIGALUPO, Enrique: “*Compliance y derecho penal*”, Aranzadi, Madrid, 2011, p. 47. Por otro lado, Sieber sostiene que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de “*compliance*”, tienen una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial, en: SIEBER, Ulrich, “*Programas de “compliance” en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica*”, p. 64, en: ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN (Dir.), “*El derecho penal económico en la era de la compliance*”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- 4 En efecto, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha propugnado desde Naciones Unidas y la Unión Europea. Concretamente, y desde la ya clásica Recomendación 18/1988, de 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en el ámbito de la Unión Europea son innumerables los Protocolos de Convenios, las Directivas y las Decisiones Marco en las que se obliga a los Estados miembros a imponer a las personas jurídicas *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* de carácter penal o *administrativo*, en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación procedente de buques, la explotación sexual de niños o el terrorismo. Por ello no debe extrañar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas esté admitida ya en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.
- 5 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, p. 134, en Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas, Vol. 29, N.º. 86-87, 2008 (Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal).
- 6 El 03.12.2014 la Presidencia del Consejo de Ministros remitió al Congreso de la República el Proyecto de Ley N 4054/2014 que regulaba la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas para delitos de corrupción de funcionarios. Dicho proyecto buscaba reprimir a las personas jurídicas cuando sus representantes o quienes se encontraban subordinados a los órganos de gestión cometieran, en beneficio de la empresa, los siguientes delitos tipificados en el Código Penal de 1991, a saber: colusión [Art. 384 del CP.], peculado [Art. 387 del CP.], cohecho activo genérico [Art. 397 del CP.], cohecho activo transnacional [Art. 397-A del CP.], cohecho activo específico [Art. 398 del CP.] y tráfico de influencias [Art. 400 del CP.].

En este esquema, la culpabilidad de la persona jurídica queda configurada de la siguiente manera: los hechos delictivos de las personas físicas (*hechos de conexión*) se consideran delitos de la persona jurídica porque ésta –a través de sus órganos o representantes– ha *omitido* tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo<sup>7</sup>. Y por el contrario, cuando se compruebe que la persona jurídica ha hecho todo lo posible para evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, podría decirse “*que no es cosa suya*” y de este modo no ser sancionada<sup>8</sup>.

Dicho de esta manera, la trascendencia que han alcanzado actualmente los “programas de cumplimiento” se reflejan en el NCP, toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la medida en que ésta no cuente con un programa de cumplimiento. En otras palabras, la no adopción de un programa de cumplimiento anticorrupción viene a justificar la sanción (culpabilidad) de la persona jurídica al punto de establecerse en el NCP como una causa de exoneración de responsabilidad penal si la persona jurídica ha implementado un programa de cumplimiento antes de que se hubiere cometido el hecho criminal<sup>9</sup>.

No parece extraño que el legislador haya previsto incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el caso del delito de soborno transnacional, si se tiene en cuenta que los mayores casos de corrupción a nivel mundial que se vienen investigando en la actualidad tienen que ver con actos de corrupción cometidos por representantes de empresas privadas en el marco de contrataciones con el Estado.

En ese sentido, en el derecho comparado se observa una tendencia a incrementar los estándares legales para que una empresa privada

contrate con el Estado al punto que suelen establecerse condiciones para descartar de las licitaciones públicas a las empresas que hayan sido sancionadas penalmente mediante sentencia firme por un delito de corrupción de funcionarios. Una medida como la señalada podría ser de utilidad para lograr un verdadero compromiso de parte de los gremios empresariales de nuestro país, a efectos de que recurran a la autorregulación a través de los programas de cumplimiento. Antes bien, el legislador peruano debe discutir esa posibilidad en el Congreso, junto a los proyectos de ley sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica que ya se encuentran en marcha. Esta alternativa tiene su mayor referente en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública. Esta norma comunitaria obliga a los Estados miembros de la Unión a incorporar a sus derechos internos las disposiciones señaladas en la mencionada Directiva cuyo objetivo fundamental es que:

*“No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo”<sup>10</sup>.*

La única posibilidad a la que pueden recurrir las empresas para ser admitidas en los concursos públicos es si logran acreditar que han implementado un programa de cumplimiento para evitar incurrir nuevamente en los ilícitos previstos en la Directiva, entre los que se encuentra la corrupción de funcionarios, el terrorismo y el blanqueo de capitales.

Como se aprecia, nos encontramos en un contexto en el que se suele recurrir a la llamada “*autorregulación regulada*” para lograr alcanzar

7 TIEDEMANN, Klaus, “Die *“Bewußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität”*”, en *NJW*, 1988, p. 1172. En contra de esta propuesta se encuentra Carlos Gómez-Jara quien recurriendo al concepto constructivista de la culpabilidad de la persona jurídica entiende que la culpabilidad de la empresa no se identifica ni con la culpabilidad de la persona física ni con un defecto de organización sino más bien con la cultura empresarial que ha institucionalizado la persona jurídica puesto que ello demuestra su disposición jurídica frente al Derecho. Por ello sostiene se inclina por manejar un concepto de culpabilidad basado en una “*cultura de incumplimiento de la legalidad*” pues ésta permite incluir causas atenuantes y eximentes de responsabilidad penal. Consultar GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, “*La culpabilidad de la persona jurídica*”, p. 162 a 166, en: BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA; “*Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*”, Civitas, Navarra, 2013.

8 NIETO MARTÍN, Adán, “*La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010*”, p. 9, en: <http://www.rexurga.es/pdf/COL260.pdf>

9 En esta línea podemos mencionar en Italia el Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001, sobre Disciplina Decreto Legislativo 231/2001, de 8 de junio de 2001, sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*, en cuyo art. 6 expresamente se establece la exención (y no la atenuación) para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos. De la misma manera, el art. 31 bis. 1 del Código Penal español, al regular la responsabilidad de la persona jurídica por conductas cometidas por los empleados, alude al ejercicio del “devido control”; y, en el apartado 4 del art. 31 bis del Código Penal, se configura como atenuante la adopción de “*medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse*”. Por su parte, en Chile la Ley N° 20.393 que establece responsabilidad penal para las personas jurídicas para casos de lavado de activos, financiación del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales o extranjeros no obliga a las empresas a desarrollar y mantener un modelo de prevención de delitos, sin embargo señala que la adopción e implementación de este tipo de modelos con anterioridad a la comisión del delito, constituye evidencia de que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido.

10 Exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014.

intereses de orden público como, en efecto, lo es la lucha contra la corrupción. Pero, ¿qué es la autorregulación regulada? y ¿cuál es su relación con el derecho penal? En las siguientes páginas abordaremos estos aspectos finalizando con una breve referencia al contenido de los programas de cumplimiento como mecanismo de autorregulación de la empresa y a la necesidad de acudir a la autorregulación en los concursos públicos con el Estado.

## 2. Autorregulación y autorregulación regulada

La autorregulación es una actividad privada de creación y control del cumplimiento de normas y constituye un fenómeno que descansa en el principio de autonomía privada y, en concreto, en el derecho de asociación de las empresas, convirtiéndose de esta manera en una cláusula que se contrapone a cualquier forma de regulación o intervencionismo estatal.

Sin embargo, en la actualidad, la autorregulación ha dejado de ser un fenómeno estrictamente privado, ajeno por completo al derecho público, para convertirse en una realidad con decisiva influencia en la actuación de los poderes públicos<sup>11</sup>. De esta manera, la autorregulación privada y la regulación pública no parecen ser ya dos realidades excluyentes, sino que tendrían algunos puntos comunes de modo que ya no resulta extraño encontrar normas privadas y sanciones disciplinarias que poseen relevancia y reconocimiento público, al tiempo que cada vez son más habituales recurrir a las sanciones administrativas para lograr el cumplimiento de normas de autorregulación<sup>12</sup>.

En efecto, cada vez es más común que la estructura de la autorregulación esté condicionada externamente por los poderes públicos, lo cual conlleva a tener en consideración las relaciones existentes entre la autorregulación y la intervención pública dirigida a posibilitar, fomentar y condicionar su desarrollo<sup>13</sup>.

Dicho de esta manera la llamada "autorregulación regulada" estaría orientada a concretar diversos intereses públicos a través de determinados mecanismos de control de los sistemas privados. En lo que aquí interesa, la autorregulación regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizado por la incorporación del

ente privado en el proceso de regulación pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado<sup>14</sup>.

Ahora bien, existen diversas formas de autorregulación regulada, no obstante resaltaremos dos que nos parecen muy importantes de cara al tema que nos ocupa.

La primera forma que se suele adoptar tiene que ver con establecer un sistema jurídico que otorgue mayor peso a los procesos de autorregulación a través de la atribución de efectos jurídicos públicos al producto de la autorregulación normativa. Al respecto, DARNACULETTA<sup>15</sup> sostiene que en este grupo de casos, el ordenamiento puede atribuir a la autorregulación efectos habilitantes para el inicio de una actividad, efectos probatorios de alcance diverso, efectos vinculantes e, incluso, efectos de cosa juzgada como los que despliega el laudo arbitral.

Así mismo, existen experiencias de autorregulación normativa y declarativa en materia de sanciones que se concretan en la adopción de disposiciones generales que contribuyen a la configuración normativa de un determinado sistema sancionador, ya sea éste general (por ejemplo, un programa de prevención en Lavado de Activos Ley N° 27693 – Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera) o especial (por ejemplo, normas disciplinarias adoptadas por una colegio profesional).

La segunda forma que se suele adoptar tiene lugar en aquellos casos en los que la regulación pública alcanza una mayor intensidad concretándose en el contexto mismo en el que se produce la autorregulación. En estos casos, el poder público puede configurar normativamente la estructura de autorregulación en lo que se refiere a su organización como lo que atañe a sus procedimientos de actuación y toma de decisiones. Ejemplo de esta forma de autorregulación sería el Decreto Legislativo N° 1049 – Decreto Legislativo del Notariado, así como todas aquellas leyes que regulan las actividades de algunos profesionales.

En definitiva, la autorregulación se caracteriza actualmente por su crecimiento exponencial en múltiples ámbitos de la vida económica y social, algunos de ellos de clara relevancia pública. Entre los mencionados ámbitos podemos citar: el ámbito de las nuevas tecnologías, la publicidad o los medios de comunicación, el ámbito

11 ESTEVE PARDO, José, "Autorregulación. Génesis y efectos", Aranzadi, Pamplona 2002, p. 55.

12 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, "Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias", p. 122, en: Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dir), "Autorregulación y sanciones", Editorial Lex Nova, Valladolid 2008.

13 ARROYO JIMÉNEZ, Luis, "Introducción a la autorregulación", p. 23, en: Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dir), "Autorregulación y sanciones", Editorial Lex Nova, Valladolid 2008.

14 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, "Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada", Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 19.

15 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, "Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada", Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 407.

relacionado con la calidad de y la seguridad de los productos industriales, incluyendo los medicamentos y los productos alimentarios, el ámbito relacionado con el medio ambiente, el ámbito relacionado con la ética profesional y de la ética empresarial y el ámbito de las relaciones económicas entre empresas y de los mercados financieros internacionales.

Ahora bien, la irrupción de la llamada autorregulación regulada, como forma de controlar el comportamiento de las corporaciones, tiene un efecto directo en lo que se refiere al derecho penal de la empresa, toda vez que hoy en día el fundamento de la responsabilidad penal descansa en el hecho de que la empresa no ha tomado todas las medidas de precaución necesarias para evitar ilícitos penales. En buena cuenta, el fundamento que suelen establecerse en los diversos ordenamientos para justificar la sanción penal de la empresa se centra en que ésta no cuente con un programa de cumplimiento efectivo.

De esta manera, la autorregulación potencia nuevas estrategias para que el Derecho controle y supervise el funcionamiento de organizaciones (empresariales, profesionales, etc.) en el marco de determinados sistemas sociales como el mercado, la técnica o la ciencia, que encierran una enorme complejidad técnica o ética<sup>16</sup>.

Ahora bien, el fenómeno de la autorregulación afecta transversalmente al derecho penal si se tiene en cuenta que en algunos casos el Estado delegará en la empresa privada la función de determinar el riesgo permitido en sus códigos de ética o de conducta. Otro aspecto tiene que ver con la delegación en la empresa de la función de llevar adelante investigaciones internas en la organización para determinar responsabilidades de los trabajadores o de representantes de la empresa. Todos estos aspectos determinan que el derecho penal, tal como lo conocíamos, vea transformado su papel principal de imposición

de castigos, por lo que resulta interesante cuestionarnos hasta qué punto el Estado carece de capacidad para intervenir directamente en las organizaciones empresariales.

Uno de los argumentos principales que se suelen dar para negar esta posibilidad reside en el hecho de que las organizaciones empresariales son actualmente tan complejas y dinámicas que resulta difícil que el Estado pueda entrar a regularla con éxito de manera que quien estaría en mejores condiciones para llevar a cabo esta regulación sería la propia empresa.

En ese sentido, el aspecto más problemático en la actualidad es establecer de qué manera el Estado debe fomentar la autorregulación de la empresa. Es claro que en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe recurrirse a los programas de cumplimiento. Sin embargo, este aspecto todavía hoy es problemático porque generalmente las leyes penales no contemplan las características que deben tener los programas de cumplimiento lo que genera inseguridad jurídica. No obstante, en el caso del proyecto del NCP se ha considerado incluir una serie de requisitos que debe contener el programa y que deberá implementar la empresa. En lo que viene, veremos cuáles son los requisitos que suelen contener estos programas en el derecho comparado y cuál es el modelo que ha contemplado el legislador peruano en el proyecto del NCP.

### 3. Autorregulación de la empresa a través de los programas de cumplimiento

Al respecto, conviene señalar que el fenómeno de la autorregulación de las empresas en nuestro país no es nuevo, pues ya existen normas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales<sup>17</sup>, de prevención de lavado de activos<sup>18</sup> y últimamente también en el caso de la Ley de Protección de Datos Personales<sup>19</sup>, las cuales exigen a las empresas que implementen ciertas medidas y capaciten a sus empleados en todo aquello que tenga que ver con

16 FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, "Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?", p. 203, en: Arroyo Jiménez/Nieto Martín (Dir), "Autorregulación y sanciones", Editorial Lex Nova, Valladolid 2008.

17 El artículo 1 de la Ley N 29738-Ley de Prevención de Riesgos Laborales señala que el objetivo de la ley es: "La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia".

18 El artículo 3.9 de la Ley N 27693 –Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera señala una de sus funciones es: "Regular, en coordinación con los organismos supervisores de los sujetos obligados, los lineamientos generales y específicos, requisitos, precisiones, sanciones y demás aspectos referidos a los sistemas de prevención de los sujetos obligados a reportar y de los Reportes de Operaciones Sospechosas y Registro de Operaciones, así como emitir modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, Formato de Registro de Operaciones, entre otros, conforme a los alcances de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento. En el caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, la función de regulación corresponderá a estas entidades y se ejercerá en coordinación con la UIF-Perú".

19 El art. 1 del reglamento de la Ley N° 29733 señala que: "El presente reglamento tiene por objeto desarrollar la Ley N° 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante la Ley, a fin de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, regulando un adecuado tratamiento, tanto por las entidades públicas, como por las instituciones pertenecientes al sector privado. Sus disposiciones constituyen normas de orden público y de cumplimiento obligatorio".

el cumplimiento de la legalidad de dichas normas. Lo que se pretende es aprovechar la mayor proximidad que tiene la empresa con sus órganos y empleados para capacitarlos y evitar conductas delictivas.

En ese sentido, en la experiencia comparada se han establecido estándares de cumplimiento generalmente aceptados, teniendo como principal marco de referencia las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*<sup>20</sup>, en relación con la implementación de un *“Effective Compliance and Ethics Program”*. Se destacan como elementos esenciales de dicho programa los siguientes:

- El nombramiento de un *Compliance Officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas.
- Establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.
- Ejercicio por parte del consejo de administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de compliance.
- *Reporting* periódico a los miembros del consejo de administración y altos directivos,
- Impartición de formación continuada en materia de compliance, monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa,
- La exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad.

De manera similar, GÓMEZ-JARA<sup>21</sup> considera que un programa de cumplimiento común debería contener los siguientes elementos, a saber:

- Código de conducta escrito.
- Supervisión de esfuerzos de cumplimiento por personal cualificado.
- Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría.

- Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios.
- Adopción de medidas cautelares tras detección de una infracción.
- Seguimiento de una formación continuada a directivos y empleados.
- Comunicación efectiva de los estándares y procedimientos de los códigos de conducta.

Por otro lado, MAGRO SERVET<sup>22</sup> considera que este programa debe contener, adicionalmente, los siguientes puntos, a saber:

- Implementación de un programa específico diferente de formación y prevención para directivos y para empleados, a fin de fijar marcos de prevención distintos, porque distintas son sus vías de actuación y posibilidades de actuación delictiva.
- Formación específica obligatoria en los tipos penales que a la empresa le genera responsabilidad, antes expuestos en el listado.
- Elemento importante a tener en cuenta en las empresas: En las empresas en las que sea posible debería designarse un nuevo cargo o puesto de trabajo denominado *“Director de implementación de los planes de cumplimiento normativo”*, lo que haría más evidente el cumplimiento de esta obligación empresarial, sobre todo en las grandes empresas. Por ello, en el derecho comparado, en los países donde ya se han implantado estos programas normativos por las grandes empresas, éstas han incorporado a sus equipos los denominados *team of dedicated compliance staff*; es decir, equipos técnicos destinados a la elaboración y aplicación de los programas de cumplimiento normativo.
- Estar en condiciones de acreditar el *conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews*, o cumplimiento de la ejecución de regulares prácticas de evaluación interna empresarial

20 Según Gimeno Sendra, durante los años ochenta, el Congreso de USA se mostró en desacuerdo con el contenido de las sentencias emanadas de los jueces federales, pues, a su parecer, existía una gran disparidad jurisprudencial y se dictaban sentencias condenatorias demasiado indulgentes. En respuesta a estas prácticas judiciales, el Congreso creó, a través de la *Sentencing Reform Act* de 1984, la *U.S. Sentencing Commission* (Comisión para establecer pautas de sentencia), la que, en el año 1987, promulgó las *Sentencing Guidelines* (guías de sentencia) para las personas físicas y, en 1991, para las jurídicas. Estas pautas o guías para dictar sentencia, a través de los programas de *“compliance”*, incentivaban a las sociedades a la prevención y detección de la comisión de posibles delitos, por la vía de atenuar la gravedad de la pena y singularmente de reducir la de multa, siempre y cuando hubieran implantado un programa de prevención adecuado. Por el contrario, si carecían de un programa de efectivo, las multas podrían ser más elevadas. En: <http://www.icava.org/documentacion/persjuridica.pdf> [Dictamen en derecho titulado *“Código de buena conducta de las personas jurídicas”* realizado por Vicente Gimeno Sendra y Jordi Gimeno Beviá].

21 GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, *“Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”*, Editorial Bdef, Montevideo, 2010, p. 273 a 274.

22 MAGRO SERVET, Vicente, *“Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales”*, La Ley Penal N° 87, Editorial La Ley, p. 6 y 7.

- de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo, lo que quiere decir que se esté en condiciones de ir revisando sus propios programas con la actualización de la normativa aplicable del desarrollo de las funciones de sus directivos y empleados; programas de cumplimiento que deberían ser obligatorios en su seguimiento por éstos, no voluntarios, ya que en este último caso podría decirse, como alegato de que no se exonerase a la empresa de responsabilidad por la Fiscalía, que una cosa es que el programa esté implantado y otra que el programa se ejecute, ya que, siendo voluntario, no se acreditaría su ejecución, y tampoco la revisión y actualización de sus contenidos, lo que se destaca con el punto que ahora destacamos.
- Estar en condiciones de acreditar la obligación del *designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks*; es decir, un diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio, ya que es preciso especificar los programas de cumplimiento normativo concretos para determinadas áreas, evitando los riesgos de la empresa de que se incurra en responsabilidades por no individualizar las tareas que existen en la empresa, y fijar las directrices claras de cumplimiento y ejecución laboral de directivos y empleados.
  - Las grandes empresas deberían estar en condiciones de tener designado el director del "Keeping track" o persona encargada de conocer qué está pasando en la empresa a alguna persona, directivo o empleado, o a las operaciones que se llevan a cabo. Es el director de operaciones de conocimiento y detección de posibles fallos de importancia en la conducta de directivos y/o empleados, que pueda trasladar a sus mandos de gobierno la detección, por ejemplo, de posibles conductas irregulares en la empresa.
  - Visión estratégica en el *compliance program* para estar conectado con las metas estratégicas de la compañía. Es lo que se denomina en el derecho comparado, en los países que lo tienen implantado, la *strategic vision*. Deben utilizarse así *benchmarks for implementation* o adecuación del programa de cumplimiento normativo a lo que son los parámetros de ejecución del mismo, que deben estar conectados o relacionados con los objetivos de la propia empresa.
  - Sistema de evaluación de riesgos o *risk assessment*. En este sentido, la empresa debe estar en condiciones de evaluar de

forma periódica el sistema de riesgos de caer en responsabilidad por la actuación de directivos y/o empleados. Además, debe adecuarlo a cada esfera de negocio de su empresa. Dentro de esta área se focaliza también el programa de *continuous improvement*, o autoevaluación del rendimiento empresarial para asegurarse de que el sistema implantado es el adecuado en cada momento para sus operaciones.

- Puntos de control o *control points*. Dentro del programa de cumplimiento normativo se establecen puntos de control para individualizar cuáles son los riesgos que pueden existir, por lo que se refuerza el establecimiento del control del comportamiento de la empresa en diferentes áreas, a fin de individualizar el control según cada área de la empresa, a fin de no fallar estableciendo un programa general que se olvide de las particularidades de áreas concretas de la empresa.
- Documentación adecuada del programa de cumplimiento normativo. Es fundamental que se elabore por la empresa un soporte documental acerca del programa de cumplimiento normativo, lo que conlleva que éste debe estar escrito y que la documentación debe estar en poder de directivos y empleados.
- Particularidades y ventajas de la puesta en marcha del *compliance program*.

En el caso peruano, el proyecto del NCP que se encuentra en vía de aprobación en el Congreso de la República prevé en el artículo 141° que la persona jurídica no es responsable si hubiere adoptado e implementado voluntariamente en su organización y con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Si bien la responsabilidad de la persona jurídica solo se ha previsto para el delito de cohecho activo internacional del artículo 584° del proyecto del NCP, el legislador peruano ha previsto los elementos mínimos de lo que denomina como "modelo de prevención":

*"a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.*

*b. Medidas preventivas referidas a:*

*i. La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos.*

*ii. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en éstos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos.*

*iii. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas.*

*iv. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.*

*c. Un mecanismo de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la entidad”.*

Es evidente que el objetivo del legislador peruano apunta a que las empresas peruanas implementen un sistema de gestión del cumplimiento con el objetivo de detectar y prevenir la comisión de delitos realizados por sus trabajadores y representantes en el ámbito de su actividad y en beneficio de la persona jurídica.

La existencia y aplicación práctica y efectiva de un programa de cumplimiento, en una empresa, va a determinar importantes consecuencias ante una eventual comisión de un delito y la apertura de un proceso penal. En principio, la implantación de un programa se constituye en un potente indicio de que la empresa ha cumplido con su deber de control y de que, por ello, el eventual delito cometido en su nombre y beneficio no es atribuible a un “defecto de organización” y debe ser, por ello, atenuada su responsabilidad penal o eximida totalmente<sup>23</sup>.

Sin bien el proyecto del NCP establece algunos parámetros que se pueden encontrar en la doctrina y en algunas normas internacionales sobre normalización, es evidente que no se han considerado todos estos elementos que permitan que el cumplimiento o compliance se estandarice.

Por ejemplo, el proyecto del NCP no indica ni señala cuáles serían los requisitos para asumir la función de responsable de auditoría interna de prevención de la empresa (*compliance officer*). En principio, tanto la doctrina como las normas sobre cumplimiento hacen hincapié en la formación técnica que debe tener el oficial de cumplimiento de la empresa, y esto no se refleja en el proyecto del NCP<sup>24</sup>.

Si lo que se pretende es hacer eficiente un sistema de gestión de cumplimiento resulta necesario establecer el contenido de un estándar común, tal como ya se prevén en normas internacionales. En ese sentido, en diciembre de 2014, la Organización Internacional de Normalización (ISO) publicó la Norma ISO 19600 sobre Compliance Management Systems (CMS) o “Sistemas de Gestión de Compliance”, que recoge recomendaciones y buenas prácticas para ayudar a las organizaciones a desarrollar un sistema de gestión que les permita identificar, controlar y cumplir con los requisitos legales que le aplican. De esta manera, esta norma se ha convertido en el exponente más actual de normas dedicadas exclusivamente a la gestión del cumplimiento, dejando atrás otras normas que se utilizaban como referencia para gestionar este tipo de programas, como la norma IDW PS 980 dictada el año 2011 por el Instituto alemán de auditores de cuentas.

Al respecto, podemos indicar que la ISO 19600 trae entre otras novedades, las siguientes:

La primera es que el propio texto de la norma indica que sus recomendaciones pueden aplicarse a todo tipo de organizaciones con independencia del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad del negocio, pues más que un conjunto de requisitos es un conjunto de directrices. De allí que dicha ISO 19600 no pueda ser certificable mediante una auditoría, pero lo que sí resulta interesante es que la demostración de que la empresa ha implementado dichas directrices en la organización sí podría hacerse valer en un proceso penal.

La segunda novedad es que la norma pone énfasis en la formación del responsable del programa. En el caso peruano, en la formación del responsable de auditoría interna se indica que el profesional responsable debe tener formación en compliance, sobre todo, cuando se produzcan cambios organizativos o legislativos

23 GASCON INCHAUSTI, Fernando, “Persona jurídica y proceso penal”, Marcial Pons, Madrid, 2012, p. 22 y ss.

24 Al respecto, Nieto Martín señala que el plan de estudios ideal para la formación de *compliance officer*, del oficial de ética o de cualquier persona que quiera dedicarse profesionalmente al cumplimiento normativo sería una mezcla de criminología con conocimientos de auditoría y *management* empresarial, en: NIETO MARTÍN, Adán, “Problemas fundamentales de cumplimiento normativo en el derecho penal”, p. 30, en: KUJLEN, Lothar; MONTEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo (eds.), “Compliance y teoría del derecho penal”, Marcial Pons, Madrid, 2013.

En definitiva, la Norma ISO 19600 pretende constituirse como una herramienta para ayudar a la función del cumplimiento en sus objetivos, entre los cuales debe de estar la detección y gestión de los riesgos por incumplimientos de sus obligaciones legales. Por ello, consideramos que esta norma es un referente común que el legislador peruano debe tener en cuenta y que, por ende, lo más apropiado sería que sus directrices sean incluidas en el Reglamento del modelo de prevención que se apruebe.

#### 4. Autorregulación de la empresa y contratación pública

Resulta interesante que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública establezca, entre otros aspectos, una disposición que impide que las empresas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de corrupción puedan participar en concursos de contratación con el Estado y que además prevea la posibilidad de que, pese a haber sido condenadas, las empresas puedan competir en dichos concursos en la medida que previamente hayan implementado un programa de cumplimiento. No cabe duda que la Directiva en mención incorpora un incentivo adicional para que las empresas privadas se autorregulen a través de programas de cumplimiento para acceder a contratar con el Estado.

En efecto, el artículo 57 de la Directiva señala que:

*"1. Los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado mediante la comprobación a que se refieren los arts. 59, 60 y 61, o tengan constancia de algún otro modo de que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos:*

*a) participación en una organización delictiva, tal como se define en el art. 2 de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo,*

***b) corrupción, tal como se define en el art. 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el art. 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico,***

*c) fraude, en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,*

*d) delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas, según se definen, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo o inducción, complicidad o tentativa de cometer un delito, tal como se contempla en el artículo 4 de la citada Decisión marco,*

*e) blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, tal y como se definen en el artículo 1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,*

*f) trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, tal como se definen en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.*

*La obligación de excluir a un operador económico se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo". (Resaltado propio)*

Dicha disposición es compatible con lo que indica la exposición de motivos de la Directiva en el sentido de que:

*"No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo".*

Lo más novedoso viene dado cuando en el apartado 6 del artículo 57 de la Directiva europea se establece que el operador económico que incurra en alguna de las prohibiciones para contratar **podrá demostrar que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.**

En efecto, el mencionado artículo 57 señala que:

*"6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.*

*A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido*

*a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.*

*Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión".* (Resaltado propio)

Si bien en nuestro país la responsabilidad penal de las personas jurídicas se sigue discutiendo en el Congreso de la República, el juzgador puede imponer algunas de las consecuencias accesorias previstas en el artículo 105° del Código Penal vigente<sup>25</sup>. Sin embargo, para ser coherentes con el sistema, parece necesario que las normas administrativas prevean algunas prohibiciones para que las empresas sancionadas con algunas de las medidas del artículo 105° del Código Penal sean excluidas de plano de cualquier licitación o concurso público con el Estado, toda vez que la actual regulación no ha previsto una prohibición al respecto. En ese sentido, se tiene que la Ley de Contrataciones con el Estado aprobado mediante el Decreto Legislativo N° 1017 tan solo establece prohibiciones para contratar con el Estado para las personas jurídicas que hayan sido sancionadas administrativamente, pero no se ha previsto similar prohibición para aquellas empresas a quienes se les impuso alguna consecuencia accesoria del artículo 105° del Código Penal por lo que en la práctica no existe un impedimento legal que permita que estas empresas sean excluidas de contratar con el Estado.

De manera que consideramos que se debe incluir en la Ley de Contratación pública una prohibición más precisa que busque evitar que aquellas empresas que han sido sancionadas con las consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal por delitos de corrupción de

funcionarios accedan a contratos con el Estado<sup>26</sup>. Al respecto, el artículo 10° de dicho dispositivo tan solo establece que están impedidos de ser participantes, postores o contratistas:

*"j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;*

*k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente".*

Si bien el apartado 4 del artículo 105° del código penal vigente permite al juzgador imponer a la persona jurídica la medida accesoria de prohibirle "realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito" es claro que en ningún caso el juez se encuentra autorizado a prohibirle a las personas jurídicas participar como postores en concursos públicos y acceder a nuevos contratos. De allí que resulte fundamental que en el artículo 132° del proyecto del NCP se haya previsto que una de las medidas aplicables a la persona jurídica que incurra en el delito de soborno transnacional consiste en la "suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años".

25 Artículo 105° del Código Penal.- *"Medidas aplicables a las personas jurídicas.- Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, el Juez deberá aplicar todas o algunas de las medidas siguientes:*

1. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no excederá de cinco años.
2. Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité.
3. Suspensión de las actividades de la sociedad, asociación, fundación, cooperativa o comité por un plazo no mayor de dos años.
4. Prohibición a la sociedad, fundación, asociación, cooperativa o comité de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito (...)"

26 Aunque en el artículo 11° de la Ley 30225-Ley de contrataciones con el Estado en vacatio legis se ha previsto que en el literal j) que: *"Las personas naturales y jurídicas encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su reglamento".*

Como se aprecia, es interesante ver como la normativa europea exige ciertos estándares de autorregulación a las empresas que pretenden acceder a contratos públicos. Esta tendencia legislativa, bien podría conducir a que en el futuro la administración pública exija que todas las empresas que quieran contratar con el Estado acrediten tener implementado un programa de cumplimiento.

En ese sentido, consideramos que dado el actual contexto político –salpicado muchas veces con reiterados escándalos de corrupción en el que se encuentran involucradas las empresas privadas– la propuesta de introducir en la Ley de Contratación Pública de nuestro país una disposición que prohíba a las personas jurídicas contratar con el Estado cuando se les ha impuesto una consecuencia accesoria del artículo 105° del Código Penal resulta necesaria. Más aún si la consecuencia accesoria que el juez le ha impuesto a la empresa se debe a un delito de corrupción de funcionarios.

De esta manera los gremios empresariales asumirían un verdadero compromiso en la lucha contra la corrupción promovido por el Estado peruano toda vez que tendrían que elevar sus estándares de ética y de buenas prácticas corporativas. En ese sentido, un incentivo que no puede descartarse para las empresas podría ser la que también se encuentra en la Directiva/2014/24/UE en el sentido de darle una oportunidad a las empresas sancionadas si, con posterioridad a la sanción impuesta, pueden acreditar que han pagado la reparación civil y que además han tomado las medidas técnicas y de personal apropiadas para evitar incurrir nuevamente en delitos de corrupción de funcionarios.

## 5. A manera de conclusión

En principio, consideramos que es razonable que el legislador introduzca en el proyecto del NCP la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el caso del soborno transnacional por tres motivos fundamentales, a saber: en primer lugar porque dicha medida pretende sancionar a las personas jurídicas por emplear malas prácticas corporativas como mecanismo para hacer negocios y, como se

sabe, un acto de soborno constituye siempre un daño a la economía pues, entre otros aspectos, afecta la libre competencia empresarial y reduce la competitividad; en segundo lugar, porque la contribución del legislador peruano se enmarca en el esfuerzo internacional por neutralizar la corrupción empresarial y el contexto en el que suelen aparecer este tipo de delitos<sup>27</sup> y, en tercer lugar, porque busca incorporar un mecanismo preventivo y de control que sirva de incentivo para que las empresas se autorregulen acudiendo a los programas de cumplimiento<sup>28</sup>.

De esta manera el legislador busca transmitir un claro mensaje de política criminal a todas las empresas que operan en el Perú, sean estas nacionales o extranjeras, en el sentido de que la corrupción no forma “parte integrante de la práctica de los negocios” tal como se señala en la exposición de motivos del proyecto.

Por otro lado, consideramos que debe incorporarse en la Ley de Contrataciones Públicas una prohibición para excluir de un concurso público a las empresas que hayan sido sujetos pasibles de consecuencias accesorias del artículo 105° del Código Penal cuando el delito se trate de corrupción de funcionarios [cohecho, tráfico de influencias, colusión, patrocinio ilegal, entre otros delitos]. De esta manera solo las empresas que puedan acreditar que no han sido sancionadas estarían aptas de participar en licitaciones y concursos públicos. En última instancia, las empresas que hayan sido sancionadas con las consecuencias accesorias podrían participar en los concursos y licitaciones si demuestran que han pagado la reparación civil y que han tomado las medidas técnicas y de personal para evitar incurrir nuevamente en ilícitos de corrupción de funcionarios.

Consideramos que una medida como la propuesta constituirá un fuerte incentivo para que las empresas privadas se autorregulen pues, en buena cuenta, tendrán que recurrir a los programas de cumplimiento para concretar una verdadera cultura de cumplimiento de la legalidad al interior de sus organizaciones. De esta manera el sector empresarial asumiría un verdadero compromiso de lucha contra la corrupción. ☒

27 Como señala Gómez-Jara, desde hace tiempo el estándar al que se somete a las empresas que pretenden contratar con el sector público es más exigente que el estándar habitual de contratación al punto que es conocido que las empresas que hayan sido condenadas por determinados delitos se ven excluidas automáticamente de los procesos de contratación pública, en: GÓMEZ-JARA Díez, Carlos, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública”. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública”, La Ley Penal N° 8423, Editorial La Ley, p. 1.

28 Aunque el proyecto de Ley del Código Penal se refiere al programa de cumplimiento como el “modelo de prevención”, es evidente que los elementos que contiene son propios de un programa de cumplimiento.