

LA UTILIDAD DE LOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* PARA LAS EMPRESAS QUE OPERAN EN PERÚ

THE USEFULNESS OF THE CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAMS TO THE COMPANIES THAT OPERATE IN PERU

José Leandro Reaño Peschiera*
Rodrigo, Elías & Medrano Abogados

As a consequence of the 2007 financial crisis, companies have been focusing on managing the risks of normative infringement as an integral part of the notion of a business risk. This practice is encouraged by the implementation of normative with cross-border effects and reach, as well as by the growing internal regulations of autonomous criminal liability of corporate bodies systems.

In the context of the circumstances described, in the present article the author analyzes: (i) the practical performance of the Criminal Compliance programs; (ii) their minimum content to exonerate or mitigate the criminal liability of the corporate bodies involved in a crime or offence; and, (iii) the challenges for the lawyer specialized in Criminal Law that this new approach of criminal preventing counseling enforces.

KEY WORDS: *Criminal Compliance; corporate criminality; criminal preventive counseling.*

Luego de la crisis financiera de 2007, las empresas vienen ocupándose de gestionar los riesgos por incumplimientos normativos como parte integrante de la noción de riesgo de negocio. Esta práctica es incentivada tanto por la aplicación de normas de alcance transfronterizo como por las crecientes regulaciones internas de sistemas de responsabilidad penal autónoma de personas jurídicas.

A propósito de esta coyuntura, en el presente artículo se analiza: (i) el rendimiento práctico de los programas de Criminal Compliance; (ii) su contenido mínimo para exonerar o atenuar la responsabilidad penal de las empresas incurso en algún delito; y, (iii) los retos que para el abogado penalista impone este nuevo enfoque de asesoramiento preventivo empresarial.

PALABRAS CLAVE: *Criminal Compliance; criminalidad corporativa; asesoramiento penal preventivo.*

* Abogado. Egresado del Programa de Doctorado en Derecho Penal y Ciencias Penales de la Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor en la Escuela de Postgrado de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Socio del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados. Contacto: jreano@estudiorodrigo.com.

I. LAS EXIGENCIAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE* IMPUESTAS POR EL CONTEXTO INTERNACIONAL

Los programas de cumplimiento normativo en materia penal –*Criminal Compliance Programs*– aluden a la adopción por parte de las empresas de medidas de autorregulación. Dicho en términos positivos, *Criminal Compliance* significa “autovigilancia” y fomento de una mentalidad corporativa de fidelidad al Derecho, lo que –visto a la inversa– se traduce en la adopción de medidas destinadas a neutralizar factores culturales o dinámicas de grupo favorecedoras de comportamientos de connotación delictiva en el seno de la actividad empresarial¹.

Las jurisdicciones que reconocen y regulan la responsabilidad penal de las personas jurídicas –como pronto ocurrirá entre nosotros, conforme dan cuenta las propuestas legislativas en debate, reseñadas *infra* en el acápite III– prevén una regla según la cual la empresa debería quedar exenta de responsabilidad cuando su organización no se vio implicada en el delito cometido y tomó las medidas necesarias para impedir su comisión².

Existe consenso sobre los efectos eximentes y atenuantes de responsabilidad penal que deben otorgarse a las empresas que –aun cuando en su actividad hayan generado la comisión de un delito– cuenten con programas de *Criminal Compliance* efectivamente implementados y realmente operativos³. Mientras que ciertas legislaciones optan por exonerar de pena a las empresas que los hayan implantado efectivamente antes de la comisión del delito, otras jurisdicciones solo les confieren valor de circunstancia atenuante de responsabilidad penal. Así, se establece, por ejemplo, en las vigentes *Sentencing Guidelines* norteamericanas, y también, era el caso de la legislación española hasta la reciente reforma de marzo de 2015, a partir de la cual se reconocen plenos efectos eximentes de pena cuando, antes de haberse incurrido en la infracción penal, la empresa hubiese implementa-

do un sistema de medidas eficaces de prevención y detección de delitos.

Con todo, la finalidad específica de los programas de *Criminal Compliance* es la de evitar o mitigar la responsabilidad penal de la propia empresa, lo que ciertamente implica la adopción de medidas destinadas a: (i) evitar que sus accionistas, directores, ejecutivos y trabajadores incurran en la comisión de delitos con ocasión de su actividad en la empresa; o, en caso ello no sea posible, (ii) evitar que la imputación de responsabilidad penal pueda dirigirse contra la empresa en cuyo seno se cometió el comportamiento tipificado como delito.

Este objetivo no se cumple cuando el asesoramiento preventivo en materia penal está orientado al diseño e implementación de mecanismos de transferencia de responsabilidad a quienes ocupan los niveles más subordinados en la estructura empresarial, o de fórmulas de encapsulamiento de la responsabilidad en los niveles inferiores o intermedios de la organización corporativa con el propósito de mantener indemnes a los ejecutivos pertenecientes a la cúpula de la administración de la compañía –*top management team*– o a sus directores y accionistas. Desde el punto de vista empresarial, un programa de *Criminal Compliance* orientado a proteger solo a quienes ocupan ciertas posiciones dentro de la empresa puede resultar desastroso en términos de daño reputacional, imposición de multas y pérdida de capacidad competitiva.

Por el contrario, un buen programa de *Criminal Compliance* será aquel que confiera bases jurídico-penales seguras para desvincular a la propia persona jurídica de los hechos delictivos que pudieran cometer sus integrantes en el desempeño de sus cargos. Expresado en palabras de uno de los mayores especialistas en *Criminal Compliance*, “un concepto de Compliance dirigido a una completa evitación de la responsabilidad penal debe por lo tanto tomar en consideración la empresa en su conjunto, en su caso a todos los trabajadores de la empresa y no solo a la cúpula directiva”⁴.

¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Deberes de vigilancia y *Compliance* empresarial”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. “Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa”. Montevideo-Buenos Aires: BdeF. 2014. pp. 192-193. Sobre la influencia de los sesgos cognitivos en el proceso de toma de decisiones empresariales, véase SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María y Lorena VARELA. “Responsabilidades individuales en estructuras de empresa: La influencia de sesgos cognitivos y dinámicas de grupo”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director) y Raquel MONTANER FERNÁNDEZ (coordinadora). “Criminalidad de empresa y *Compliance*”. Barcelona: Atelier. 2013. pp. 265-284.

² Para el ámbito europeo continental, de indudable influencia en los procesos de producción legislativa latinoamericana, véase: “Recommendation No. R (88) 18 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Liability of Enterprises Having Legal Personality for Offences Committed in the Exercise of their Activities”, adoptada el 20 de octubre de 1988 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa.

³ BUCY, Pamela. “Corporate Criminal Liability: When Does it Make Sense?” En: *American Criminal Law Review* 46. 2009. pp. 1437 y siguientes.

⁴ ROTSCHE, Thomas. “Criminal Compliance”. En: *InDret* 1. 2012. p. 6.

La preocupación de las empresas por contar con programas de *Criminal Compliance* nace con la modificación del concepto de **riesgo de negocio**, tradicionalmente concebido como **riesgo puramente económico** y, como tal, fundamentalmente referido a las posibilidades de competir exitosamente en el mercado y a la propia capacidad de endeudamiento en función a la estimación de ganancias futuras. No obstante, como parte del aprendizaje impuesto por la crisis financiera de 2007, a la noción económica de **riesgo del negocio** se añadió el concepto de **riesgo de responsabilidades jurídicas** o –dicho con mayor precisión– **riesgo de responsabilidades por incumplimientos normativos**, destacando por la gravedad de sus consecuencias, los asociados a la inobservancia de normas de naturaleza penal⁵.

A esta actualización o redefinición del concepto de **riesgo de negocio** contribuye la creciente atención dispensada por las principales agencias de regulación estatal europeas norteamericanas y latinoamericanas en materia de represión de la corrupción empresarial y, en general, de actos de carácter criminal perpetrados a través de la utilización de la estructura organizativa empresarial. Inevitablemente, ello ha modificado los parámetros bajo los cuales las empresas revisan internamente el riesgo corporativo que conllevan las actividades que realizan, obligándolas a realizar serios esfuerzos de implementación de políticas, prácticas y procedimientos internos que las protejan ante eventuales imputaciones de corrupción en los países en los que desarrollan sus negocios.

Un buen ejemplo de esta tendencia es la Ley Anti-soborno inglesa –United Kingdom Bribery Act [en adelante, UK Bribery Act]–, aprobada en abril de 2010 con el propósito de robustecer la normativa anticorrupción⁶, y que es calificada como la norma más drástica en esta materia a nivel global. De aplicación transfronteriza, establece sanciones de hasta diez años de privación de la libertad por actos de cohecho cometidos por empresas que realicen toda o parte de su actividad comercial dentro del Reino Unido, aun cuando tales actos hayan sido perpetrados en el extranjero.

Como principal innovación, esta norma crea un nuevo delito que se aplica a cualquier organización

comercial que sea ineficaz en prevenir que personas relacionadas con ella cometan actos de soborno o corrupción para su beneficio. *Contrario sensu*, no corresponderá sancionar a la empresa cuando se haya implementado mecanismos apropiados para evitar el acto de corrupción perpetrado por alguna persona perteneciente a su estructura organizativa. Con buen sentido de la realidad, la UK Bribery Act reconoce que ninguna política o procedimiento específico podrá ser capaz de erradicar plenamente la corrupción empresarial, estableciéndose por ello como principio que las personas jurídicas deben focalizar sus esfuerzos allí donde el riesgo es mayor y donde se puede obtener mayores resultados.

De modo más amplio que la UK Bribery Act, la ley norteamericana de Prácticas Corruptas en el Extranjero [en adelante, FCPA, por sus siglas en inglés: Foreign Corrupt Practices Act], aprobada en 1977, establece sanciones, no solamente por actos de corrupción cometidos en el extranjero por empresas que mantengan cierto tipo de relación con Estados Unidos de Norteamérica –por ejemplo, coticen sus acciones en Bolsa norteamericana; tengan matriz, subsidiarias, filiales o sucursales en dicho país–, sino también por delitos de la criminalidad de cuello blanco, tales como manipulaciones contables y falsedades en reportes a agencias reguladoras⁷.

En esta misma línea, a partir del endurecimiento que supuso la enmienda realizada el 19 de junio de 2013, la ley canadiense sobre Corrupción de Funcionarios Públicos Extranjeros [en adelante, CFPOA, por sus siglas en inglés: Corruption of Foreign Public Officials Act] eliminó el requisito del vínculo territorial con Canadá para enjuiciar los delitos de corrupción y lavado de activos tipificados en ella, convirtiéndose en una norma de aplicación transfronteriza al igual que la FCPA norteamericana y la UK Bribery Act inglesa. Asimismo, se extendió su aplicación al delito de manipulación de libros y registros contables, adoptándose una definición más amplia de “empresa”, que incluye organizaciones sin fines de lucro y benéficas⁸.

Es frecuente que las empresas con operaciones en Perú, que se encuentran dentro del ámbito de apli-

⁵ En el 2008, analistas especializados en estrategias empresariales incluían entre los diez riesgos más relevantes para la economía mundial los provenientes de las regulaciones normativas. Véase: ERNST & YOUNG Y OXFORD ANALYTICA. “Strategic business risk 2008: The top 10 risks for business”. En: <http://www.nws.com.hk/newsletter/RiskHorizon/issue1/doc/issue1/Ref%206%20Strategic%20Business%20Risk%202008%20the%20Top%2010%20Risks%20for%20Business.pdf>

⁶ El texto de la norma puede consultarse accediendo al enlace: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/23/contents>

⁷ El texto de la norma puede consultarse accediendo al enlace: <http://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>

⁸ El texto de la norma puede consultarse accediendo al enlace: <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/c-45.2/index.html>

cación transfronteriza de las normas anteriormente reseñadas, cuenten con programas de *Criminal Compliance* orientados a: (i) prevenir la comisión de aquellos comportamientos que desencadenen la instauración de procedimientos en jurisdicción británica, norteamericana o canadiense, cuya sola formalización es susceptible de generar cuantiosos daños económicos en términos de **riesgo de negocio** y de reputación comercial; y, en caso de instauración de un procedimiento, (ii) evitar la imposición de sanciones o mitigar la responsabilidad penal por las infracciones cometidas, lo cual muchas veces se concretiza a través de la suscripción de acuerdos de no persecución (*Non-prosecution agreement*).

Entre las medidas de prevención adoptadas por las empresas con operaciones en Perú sujetas a la aplicación de normas transfronterizas, se encuentra: (i) la adopción de Códigos de Conducta, en los que se recogen principios programáticos de actuación, como aquellos vinculados al establecimiento de estándares o parámetros de conducta enfocados a evitar actos de corrupción o delitos vinculados a la criminalidad empresarial; y, (ii) la implementación de programas de *Criminal Compliance*, que incluyen canales y procedimientos de denuncia interna –*whistleblowing policy*–, protocolos de investigaciones internas –*internal investigation procedures*– o el nombramiento de un funcionario de la compañía como supervisor de la efectiva implementación y seguimiento del adecuado funcionamiento del Programa de *Criminal Compliance* [*Chief Compliance Officer, en adelante, CCO*].

Este contexto internacional permite avizorar el incremento que experimentará en un horizonte muy próximo la demanda de programas de *Criminal Compliance* por parte de las empresas peruanas. Ello, vista la reciente experiencia chilena y española, ocurrirá en Perú –sin temor a errar– al entrar en vigencia la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la que viene siendo impulsada como exigencia para la aprobación de la candidatura peruana como Estado miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [en adelante, OCDE]. Como es sabido, la integración del Perú en dicho bloque exige la previa suscripción de la Convención Contra el Soborno Transnacional, la que no podrá ser firmada por nuestro país en tanto la legislación interna no contemple un régimen de responsabilidad penal autónoma para las personas jurídicas que incurran en actos de corrupción.

II. *CRIMINAL COMPLIANCE* Y RESPONSABILIDAD PENAL DE PERSONAS JURÍDICAS

En el plano político-criminal, la decisión legislativa de criminalizar la actuación de las personas jurídicas se justifica, en primer lugar, bajo el argumento de la “**irresponsabilidad organizada**”⁹, según el cual, la separación entre quienes toman las decisiones en una organización empresarial y quienes las ejecutan genera situaciones de impunidad al aplicar las reglas clásicas de imputación de responsabilidad penal individual, pues no son infrecuentes los casos en los que el ejecutor material carece de los conocimientos necesarios para apreciar el sentido delictivo de su comportamiento, mientras que quienes ocupan los centros de decisión actúan siempre en una fase previa a la ejecución material, y, generalmente, la existencia de diversas posiciones o funciones entre los ejecutores y quienes adoptan la decisión hace que la responsabilidad penal de estos últimos termine difuminándose o resulte muy difícil de probar.

Fuera de esta constelación de casos, también se señalan aquellos en los que las circunstancias personales del autor individual del delito afectan la determinación de la responsabilidad penal, tal como ocurre cuando este fallece antes de la conclusión del proceso penal o, si por tener más de 65 años de edad, corresponde reducir a la mitad los plazos de prescripción de la acción penal.

Asimismo, como segundo argumento a favor de la criminalización de las personas jurídicas, frecuentemente se sostiene que la sanción a los representantes que actúan en nombre de la empresa –siempre que esto sea posible, a pesar de las dificultades probatorias o técnico-jurídicas comentadas– constituiría una respuesta insuficiente para la criminalidad económica, en particular para la criminalidad empresarial organizada. Se trata del argumento de la insuficiencia preventiva de la responsabilidad penal individual, a través del cual se pone en evidencia que un modelo de prevención de delitos basado exclusivamente en la sanción de personas físicas deja intacta la estructura organizativa que promueve su comisión.

Por otro lado, en lo que toca al plano político-criminal, también se destaca –como tercer argumento a favor de la criminalización de las personas jurídicas– la insuficiencia preventiva de las denominadas “consecuencias accesorias del delito”, previstas en el Código Penal como medidas a im-

⁹ La expresión es tomada de SCHÜNEMANN, Bernd. “Responsabilidad penal en el marco de la empresa. Dificultades relativas a la individualización de la imputación”. En: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales 55. 2002. p. 11. Ver nota 11, con referencias a la primera vez en utilizarse este concepto en 1979.

ponerse a las empresas utilizadas en la comisión, favorecimiento o encubrimiento de delitos, por cuanto se tratan de medidas preventivas que, al no sustentarse en la culpabilidad por el delito cometido, carecen del efecto comunicativo que posee la pena, en tanto sanción con mayor efecto estigmatizador que la sanción administrativa¹⁰.

En el plano dogmático-penal, la criminalización de la actuación de las personas jurídicas se justifica con base en dos opciones teóricas; a saber: (i) el modelo de responsabilidad por transferencia; y, (ii) el modelo de defecto organizativo o de responsabilidad por hecho propio. Sintetizando a grandes trazos, podríamos presentar los fundamentos de ambos modelos del siguiente modo.

Por un lado, en el modelo de **responsabilidad transferida**, la culpabilidad penal de la persona física que comete el delito en el seno de la persona jurídica –típicamente, en su nombre y/o en su provecho– se transfiere automáticamente –sin más requisitos– a la sociedad. Conforme a este modelo de atribución de responsabilidad penal, no resulta necesario discernir si la persona jurídica actuó –ella misma– de forma diligente o culpable. Basta que el individuo que actúa como parte del entramado organizativo de la persona jurídica emprenda –en provecho y/o en nombre de ella– un comportamiento típico, antijurídico, culpable y punible para que la persona jurídica responda penalmente. Y es que, bajo este modelo, se considera que los actos de los órganos de representación son también actos de la propia persona jurídica.

Por lo demás, el comportamiento penalmente reprochable puede estar referido a la comisión activa de un hecho o a la omisión de una actuación a la que se estaba obligado (esto es, omisión de deberes de vigilancia, de coordinación o de selección que den lugar a la conducta delictiva activa de un integrante de la empresa situado en los niveles inferiores de la misma).

Este modelo es objeto de duros cuestionamientos. Básicamente, porque la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica implica el quebrantamiento de uno de los principios rectores de la teoría de la imputación penal, según el cual **nadie responde por hechos ajenos**. Los partidarios de este modelo intentan refutar esta crítica a partir de la “teoría de la identificación” o “*alter*

ego doctrine”, según la cual la voluntad expresada con el comportamiento del representante de la persona jurídica no es solo voluntad de éste, sino también manifestación de voluntad de la propia empresa¹¹.

Lo cierto es que el modelo comentado presenta serias deficiencias –cuando menos– en tres tipologías de casos; a saber: (i) cuando quien realiza el hecho es una persona de rango inferior en la estructura organizativa de la empresa, o aun cuando se trate de sujetos que ocupan posiciones situadas en la primera línea del organigrama corporativo –*top managers*–, no puedan calificarse como portadores de la “última voluntad” –o “*directing mind*” – de la empresa; (ii) cuando no se identifica a persona física alguna como autor del hecho que permita atribuir la responsabilidad a la persona jurídica; y, (iii) cuando la persona física cuya responsabilidad habría de ser transferida a la persona jurídica obra de modo no culpable; por ejemplo, cuando actúa sin dolo u obra bajo el imperio de una causa de justificación, como el estado de necesidad.

Una segunda opción teórica construida por la dogmática del Derecho penal-económico para justificar la criminalización de las personas jurídicas es el denominado modelo de **defecto de organización o modelo de responsabilidad por el hecho propio**, en el que la atribución de la culpabilidad a la persona jurídica reside en un defecto organizativo de la propia empresa que provoca la actuación delictiva de uno de sus representantes o empleados.

A diferencia del anterior modelo teórico, éste no se basa en la transferencia a la persona jurídica de la responsabilidad de las personas naturales que integran la estructura organizativa empresarial. Antes bien, se sustenta en la denominada “**culpabilidad por defecto de organización**” y en la llamada “**responsabilidad por la «actitud criminal de grupo»**”.

La discusión dogmática sobre la capacidad de rendimiento de este modelo gira en torno a si es posible considerar a las personas jurídicas destinatarias de normas penales. El tema es, desde luego, complejo y controvertido. Simplificando en exceso, puede decirse que la respuesta dependerá del concepto de norma jurídico-penal del que se parta.

¹⁰ Sobre la naturaleza *sui generis* de las consecuencias accesorias de la pena, véase: GRACIA MARTÍN, Luis (coordinador). “Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español”. Valencia: Tirant lo Blanch. 1996. p. 394; y, MEINI MÉNDEZ, Iván. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica. 1999. p. 195.

¹¹ Véase: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española”. Buenos Aires: B de F. 2010. p. 484.

Así, si conforme a un modelo clásico –ontológico–, las normas penales se entienden como directivas de conducta dirigidas a los sujetos en tanto potenciales infractores –normas de determinación–; entonces las personas jurídicas no podrán ser consideradas destinatarias de las mismas, por tratarse de entequeias. Las directivas que tratan de influir sobre la conducta de sus destinatarios, mediante argumentos de racionalidad instrumental y de racionalidad valorativa, presuponen destinatarios dotados de autoconciencia y libertad que son atributos ajenos a las personas jurídicas.

No obstante, las cosas pueden verse de otro modo si las normas jurídico-penales son concebidas como expectativas de conducta dirigidas a los sujetos en tanto potenciales víctimas de una conducta infractora, en el sentido que, a través de las normas penales, se garantiza la desvaloración de determinados comportamientos, en caso de que estos ocurran. Así, bajo esta perspectiva socio-normativista –en oposición a la postura ontológica–, las personas jurídicas –en tanto agentes económicos– son socialmente concebidas como centros a los que es posible imputar –atribuir– la defraudación de las expectativas de conducta contenidas en la normas penales.

Dicho de otro modo, bajo esta perspectiva se acepta que los ciudadanos –en tanto agentes que participan en el mercado– esperan determinados comportamientos de las empresas, y –como contrapartida– resulta posible imputarles –atribuirles– la defraudación de dichas expectativas de conducta.

Bajo esta perspectiva teórica, que admite la criminalización de comportamientos atribuibles a personas jurídicas, el fundamento –razón de ser– de la culpabilidad empresarial reside en: (i) la verificación de un **defecto de organización** en la propia persona jurídica; y, (ii) la existencia de una **cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad**.

Si bien el presupuesto para la imposición de una sanción penal a la persona jurídica continúa siendo la exteriorización de un comportamiento delictivo emprendido por quienes actúan en su nombre, la sanción penal solo puede ser legítimamente aplicada si en el proceso judicial que precede a la sentencia se estableciera que el comportamiento delictivo de sus representantes –en sentido lato–

fue ocasionado por un defecto organizativo de la empresa y por la existencia de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. Estos dos requisitos constituyen el **hecho propio** de la persona jurídica, diferenciable del hecho de la persona física que actúa en su nombre¹².

A la par de la necesaria discusión teórica sobre la justificación dogmática de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas, recientemente las legislaciones de nuestro entorno cultural-jurídico han ido incorporando previsiones favorables a la criminalización autónoma de las propias empresas por hechos cometidos en su provecho y/o en su nombre.

Así, en noviembre de 2009, se promulgó en Chile la Ley 20.393, que establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho. La regulación chilena otorga efectos eximentes de responsabilidad penal a la implementación efectiva y adecuada de programas de *Criminal Compliance* –que la ley denomina “Modelos de Prevención de Delitos de las Empresas”–, previendo incluso la posibilidad de obtener certificaciones oficiales sobre la suficiencia y efectividad del modelo de prevención de delitos implementado, las cuales deberán ser emitidas por firmas auditoras y sociedades clasificadoras de riesgo debidamente autorizadas a tal efecto por la Superintendencia de Valores y Seguros. Naturalmente, el atractivo de contar con una certificación oficial del programa de *Criminal Compliance* es su utilidad como medio probatorio en las investigaciones penales que pudieran dirigirse contra la empresa a fin de invocar sus efectos eximentes o atenuantes, según haya sido implementado antes o después de la comisión del hecho imputado.

En esta misma línea, durante los últimos años la regulación penal de la mayoría de países de Europa continental ha ido despercudiéndose del tan arraigado principio *societas delinquere non potest*, que impedía que las personas jurídicas pudieran ser consideradas penalmente responsables. Así, en el caso español, por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio de 2010 se introdujo por primera vez una cláusula de responsabilidad penal autónoma de la propia persona jurídica, aplicable en los supuestos en los que se hubiese cometido un delito en nom-

¹² Para una panorámica sobre el estado de la cuestión, sustentando una posición favorable a la criminalización de las personas jurídicas, véase: GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos. “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código penal español”. En: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María (director). “El Nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma”. Madrid: La Ley, 2011. pp. 43-101. Escéptico sobre la posibilidad de identificar un “hecho propio” de la persona jurídica y, por lo tanto, crítico de la justificación teórico-dogmática de una regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, véase: ROBLES PLANAS, Ricardo. “El «hecho propio» de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008”. En: InDret 2. 2009.

bre o por cuenta de la empresa por parte de sus directivos o sus empleados, siempre que –en este último caso, (esto es, el de la conducta de los empleados)– no se hubiese ejercido el debido control en la actuación de subordinados.

Durante su vigencia, la principal crítica al modelo adoptado en materia de responsabilidad penal de personas jurídicas ha sido la falta de concreción de ley, básicamente en lo que atañe a la noción de “debido control” sobre el personal de la empresa. Si bien se entendía que existía “debido control” cuando la empresa tenía efectivamente implementado un programa de *Criminal Compliance*, la regulación legal no detallaba el contenido que habían de tener los sistemas de detección y gestión de riesgos penales, lo que dificultaba su aplicación práctica al tratarse de una realidad criminológica propia de los ordenamientos anglosajones y desconocida, hasta entonces, en el entorno europeo continental. Precisamente, la deficiente regulación de los programas de *Criminal Compliance* advertida en la Ley Orgánica 5/2010 motivó una profunda y muy reciente reforma en el sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas en España, operada por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo de 2015.

Uno de los cambios más significativos de la reforma legal viene dado por el mayor protagonismo que se otorga a los programas de *Criminal Compliance* –que en la norma se denominan “modelos de organización y gestión”–, estableciéndose, por primera vez de modo expreso, que su implementación eficaz puede dar lugar a una eximente de responsabilidad penal para la empresa.

Otro cambio relevante es la –tan echada en falta– concreción de los requisitos que deben cumplir los programas de *Criminal Compliance* para ser considerados eficaces, entre los que se incluye como mínimo: (i) la identificación de actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos objeto de prevención; (ii) el establecimiento de protocolos que regulen el proceso de adopción y ejecución de decisiones empresariales; (iii) la implementación de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos objeto de prevención; (iv) la imposición de la obligación de informar de posibles riesgos de incumplimiento al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención; (v) el establecimiento de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas previstas en el modelo de organización y gestión; y, (vi) la realización de verificaciones periódicas del modelo de prevención de delitos y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de

sus disposiciones o cuando se produzcan cambios en la organización en la estructura de control o en la actividad desarrollada.

III. NOTAS DISTINTIVAS Y REQUISITOS DE LOS PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*

El detalle con el que se describen los programas de *Criminal Compliance* en las legislaciones penales evidencia la incuestionable importancia de este nuevo instrumento criminológico para la delincuencia corporativa. Como parte de una economía globalizada, nuestro país no es inmune a la penetración de los programas de *Criminal Compliance* en el quehacer empresarial, tal como lo demuestran las propuestas legislativas actualmente en debate con relación a la instauración de un sistema de genuina responsabilidad penal –autónoma– de las personas jurídicas.

En efecto, el Poder Ejecutivo ha presentado al Congreso de la República una propuesta legislativa para regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en delitos de corrupción, que ha sido elaborada por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros.

Se trata del Proyecto de Ley 4054/2014-PE [en adelante, el Proyecto de Ley], el cual ha merecido el dictamen aprobatorio –con leves modificaciones– de dos comisiones parlamentarias; a saber: (i) Dictamen aprobado con texto sustitutorio en sesión de 26 de mayo de 2015 por la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado [en adelante, Comisión de Descentralización]; y, (ii) Dictamen aprobado con texto sustitutorio en sesión de 31 de julio de 2015 por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos [en adelante, Comisión de Justicia], mediante el cual se propone la Ley del nuevo Código Penal.

El Proyecto de Ley presentado por el Ejecutivo busca instaurar un régimen de genuina responsabilidad penal de las personas jurídicas de Derecho privado, autónoma de la responsabilidad penal imputable a las personas físicas que actúan en nombre o representación de la empresa. A continuación, se destacan seis aspectos del Proyecto de Ley, esenciales para comprender la enorme importancia práctica de los programas de *Criminal Compliance*.

En primer lugar, se acota la responsabilidad penal de la empresa a un catálogo cerrado de infracciones penales, todas pertenecientes a la criminalidad en la Administración Pública, conformado por los delitos de: (i) colusión ilegal; (ii) peculado; (iii) cohecho activo genérico –dirigido a funciona-

rios públicos en general–; (iv) soborno transnacional –dirigido a funcionarios públicos de un Estado extranjero o de un organismo internacional público–; (v) cohecho activo específico –dirigido a jueces, fiscales, peritos, árbitros y miembros de tribunales administrativos–; y, (vi) tráfico de influencias.

Dada la novedad del instituto jurídico-penal regulado, debe valorarse positivamente la previsión de un catálogo restrictivo de delitos por los que puede declararse la responsabilidad penal de una empresa, siendo incluso aconsejable restringirlo aún más a lo mínimo indispensable. Visto que, en términos de política nacional, el objetivo de la regulación legal de un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es la aprobación de la candidatura peruana a la OCDE, bien podría acotarse el régimen de responsabilidad penal de las empresas a los delitos de corrupción activa genérica y soborno transnacional, con cargo a evaluar su ampliación progresiva a un mayor espectro de delitos, conforme a la estrategia seguida para implementar el nuevo Código Procesal Penal en el territorio nacional.

En segundo lugar, el Proyecto de Ley estructura de modo acertado el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme al modelo de **defecto de organización o de responsabilidad por el propio hecho**, al preverse que las empresas serán responsables: (i) de los delitos realizados en su nombre o por cuenta de las mismas, y en beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales, contractuales, órganos colegiados y sus administradores de hecho o derecho, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, siempre y cuando no hubieren adoptado e implementado un modelo de prevención eficaz; y, (ii) de los delitos realizados bajo los mismos presupuestos del literal “a” precedente por quienes, estando sometidos a la autoridad de los gestores y órganos antes mencionados, actuaron por orden o autorización de estos o por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso.

Con buen criterio, se establece que las personas jurídicas no serán penalmente responsables cuando: (i) las personas naturales que actúan en su nombre hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia; o, (ii) tratándose de delitos cometidos en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica, ésta hubiera adoptado e im-

plementado un programa de *Criminal Compliance* eficaz, denominado en el Proyecto de Ley “modelo de prevención”.

En tercer lugar, el catálogo de sanciones aplicables a las personas jurídicas se encuentra conformado por las siguientes penas, en el sentido estricto del término: (i) multa, según la gravedad del hecho, hasta el séxtuplo del beneficio obtenido; (ii) disolución de la persona jurídica, que se aplicará solo si en el curso del proceso penal se acreditara que la empresa fue constituida y operó exclusivamente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas¹³; (iii) clausura de sus locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo, precisándose que la clausura temporal no excederá de cinco años; (iv) cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales; y, (v) inhabilitación en cualquiera de las siguientes modalidades: (v.1) suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años; (v.2) prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito –la prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo, la prohibición temporal no será mayor de cinco años–; y, (v.3) suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.

Se establece en el Proyecto de Ley que el cambio de razón social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la aplicación de las sanciones contempladas.

Asimismo, siempre que existan suficientes elementos probatorios de la comisión del delito imputado y cuando fuere indispensable para prevenir los riesgos de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida o para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad, el Proyecto de Ley contempla la posibilidad de imponer cautelarmente, en tanto dura la tramitación el proceso penal, las siguientes medidas contra las empresas investigadas: (i) clausura de locales o establecimientos; (ii) suspensión de actividades sociales; (iii) prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito; y, (iv) suspensión para contratar para el Estado.

En cuarto lugar, el Proyecto de Ley contempla un elenco de circunstancias atenuantes de la respon-

¹³ Esta pena no será aplicable cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado que presten un servicio de utilidad pública cuya interrupción pudiere causar graves consecuencias sociales y económicas o daños serios a la comunidad.

sabilidad penal, aplicable a las personas jurídicas que: (i) hayan procedido, a través de sus representantes legales, contractuales, órganos colegiados y sus administradores de hecho o derecho, a confesar la comisión del delito, previamente a la formalización de la investigación preparatoria por parte del Ministerio Público; (ii) presten colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo en cualquier momento del proceso; (iii) impidan la producción de las consecuencias dañosas del ilícito; (iv) reparen total o parcialmente el daño causado por el delito; y, (v) adopten e implementen, después de la comisión del delito, un modelo de prevención eficaz, esto es, un programa de *Criminal Compliance*. Como se ha mencionado *supra*, la implementación de un programa de este tipo con anterioridad a la comisión del delito constituye una causa de exención de responsabilidad penal.

En quinto lugar, el Proyecto de Ley prevé dos agravantes específicos de la responsabilidad penal; a saber: (i) la reincidencia por parte de la empresa en la comisión de alguno de los delitos de corrupción objeto de la norma, dentro del lapso de cinco años de haber sido condenado por el delito anterior; y, (ii) la utilización instrumental de la persona jurídica para la comisión de los delitos objeto de la norma. Se configurará este supuesto siempre que la actividad legal de la empresa sea menos relevante que su actividad ilegal.

En sexto lugar, como regla más importante a efectos de incentivar una cultura empresarial de prevención de delitos, el Proyecto de Ley prevé que las empresas que incurran en los delitos objeto de la norma podrán quedar exentas de responsabilidad penal siempre que, según la evaluación motivada del juez, hayan adoptado un modelo de prevención eficaz que, como mínimo, cumpla con los siguientes requisitos¹⁴:

- a) Designación de un encargado de prevención por parte del máximo órgano de administración, al cual se le denomina en el Proyecto de Ley “Auditor Interno de Prevención” [en

adelante, AIP] y que debe contar con nivel gerencial autónomo, reportando directamente al máximo órgano de administración, esto es, la Gerencia General en una sociedad anónima, el cual deberá proveer al AIP los medios y facultades suficientes para el desempeño de sus funciones, entre los que se considerarán los recursos de personal y logísticos necesarios para realizar adecuadamente sus labores, teniendo en consideración al tamaño y capacidad económica de la empresa, entre otros.

Se prevé que la función del AIP puede ser implementada a nivel de grupo de empresas, cuando corresponda, y que el cargo puede ser desempeñado por algún funcionario que a la vez esté cumpliendo funciones similares en la compañía, salvo el Oficial de Atención al Usuario y el Oficial de Cumplimiento de Lavado de Activos, quienes cumplen sus funciones a dedicación exclusiva.

El perfil del AIP o *compliance officer* es establecido legislativamente —en el texto del Proyecto de Ley— a través de una detallada enunciación de sus funciones, que consisten en: (a) asesorar a la administración en el manejo efectivo del modelo de prevención; (b) informar de manera continua y oportuna al órgano de administración respecto a las acciones necesarias para un buen cumplimiento del modelo de prevención y las posibles brechas existentes, así como de los principales cambios en el ambiente normativo que puedan producir un impacto en la entidad; (c) vigilar el cumplimiento del modelo de prevención; (d) informar semestralmente a la administración sobre el progreso de la implementación del modelo de prevención; (e) orientar al personal de la empresa respecto a la importancia del cumplimiento del modelo de prevención y de las responsabilidades que se derivan en caso de incumplimiento; (f) asegurar la existencia de procedimientos y controles para garantizar que el personal

¹⁴ Debe anotarse que, a diferencia de lo estipulado en el Proyecto de Ley y en el dictamen aprobado con texto sustitutorio por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso —en los que expresamente se otorga efectos eximentes de responsabilidad a las empresas que, con anterioridad a la comisión del delito, implementan modelos de prevención (*Criminal Compliance Programs*)—, el Dictamen aprobado con texto sustitutorio por la Comisión de Descentralización, Regionalización, Gobiernos Locales y Modernización de la Gestión del Estado del Congreso de la República prevé solo expresamente efectos atenuantes de responsabilidad penal en los casos en que la persona jurídica adopte e implemente un modelo de prevención con posterioridad a la comisión del delito, pero no señala nada respecto a los efectos que corresponde apreciar cuando la implementación del programa de *Criminal Compliance* ocurre con anterioridad a la comisión del delito. No obstante, de llegarse a aprobar como ley esta última propuesta, igualmente correspondería otorgar efectos eximentes de pena a las empresas que, previamente a la comisión del delito, hayan adoptado un sistema de medidas eficaces de prevención y detección de delitos. Ello, en virtud de un *argumentum a fortiori*, según el cual si la implantación de un programa de cumplimiento *post delictum* atenúa la responsabilidad de la persona jurídica, entonces su preexistencia al hecho delictivo debería excluir tal responsabilidad.

cumpla las decisiones adoptadas y las funciones encomendadas; (g) proponer para la aprobación del órgano de administración antes del 31 de diciembre de cada año un programa de cumplimiento del modelo de prevención que exponga las actividades programadas y la implementación de éstas y sus recomendaciones; y, (h) proponer al órgano de administración medidas correctivas en caso de presentarse fallas en la aplicación del modelo de prevención.

Según la experiencia en los países en los que se encuentra vigente un sistema de responsabilidad penal de jurídicas, las empresas tienden a encargar la posición de *compliance officer* a personas especializadas en control interno o en asesoría jurídica que hayan trabajado durante un buen tiempo en la empresa, pues la identificación de focos de riesgo penal demanda un amplio conocimiento de las actividades de la empresa, tanto en lo que se refiere a su organización interna como a sus relaciones con agentes externos, tales como clientes, proveedores, financiadores, dependencias de la administración pública, etcétera.

Asimismo, otras empresas –dependiendo de su giro comercial– optan por asignar la función de *compliance officer* a profesionales provenientes de agencias reguladoras del sector bancario, bursátil, minero, telecomunicaciones, etcétera. Las experiencias que vienen siendo exitosas dan cuenta de la necesidad de que el *compliance officer* goce de la legitimidad que su cargo exige. Más que con una titulación, ello se consigue cuidando que quien desempeñe el cargo ostente capacidad de liderazgo y organización, así como objetividad e independencia, y el don de ser respetado tanto por empleados como por directivos, siendo aconsejable que su figura se profile como un consejero en materia de cumplimiento y no como un “policía interno”. Para evitar esta situación, muchas empresas optan por desvincularlo de la potestad sancionadora interna¹⁵.

Para los casos de las micro, pequeña y mediana empresas, el Proyecto de Ley establece que las funciones de supervisión, vigilancia y control podrán ser asumidas di-

rectamente por el órgano de administración, de modo que la obligación de nombrar a un AIP o *compliance officer* solo aplica para las grandes empresas.

- b) Implementación de medidas preventivas básicas, tales como: (i) la identificación de las actividades o procesos de la entidad, sean habituales o esporádicos, en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión de los delitos objeto de la norma¹⁶; (ii) el establecimiento de protocolos, reglas y procedimientos específicos que permitan, a las personas que intervengan en las actividades o procesos indicados en el literal anterior, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos objeto de la norma; (iii) la identificación de los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en los delitos objeto de la norma; y, (iv) la existencia de procedimientos de denuncia o persecución y sanciones administrativas internas en contra de las personas que incumplan el modelo de prevención. Estas obligaciones, prohibiciones y sanciones internas deberán señalarse en los reglamentos, directivas y/o similares que la entidad dicte al efecto, y deberá acreditarse su recepción y conocimiento.
- c) Implementación de un mecanismo de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención. A tal efecto, el modelo de prevención deberá señalarse en los reglamentos, directivas y/o similares, que emita la empresa; y la acreditación de la recepción y conocimiento del modelo de prevención debe realizarse de la siguiente manera: (i) todos los accionistas, socios y/o similares, directores, gerentes, empleados y/o cualquier funcionario de la persona jurídica, independientemente de su denominación, deberán de declarar que se comprometen a no participar en ningún acto de corrupción objeto de la norma; y, (ii) en caso de realizarse una acreditación física, el documento deberá ser firmado por la persona obligada. En caso de ser virtual, deberá contar con los sistemas que permitan validar indubitablemente la identidad de la persona que realizó la declaración.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Materiales del “Curso de Formación en Programas de *Criminal Compliance*”. Lima: 17-19 de septiembre de 2015. pp. 15-16.

¹⁶ Tales como: contribuciones políticas y gestión de intereses; conformidad con la legislación, particularmente con la normatividad anticorrupción; negocios con el Estado; conflictos de interés; uso de información privilegiada.

Siguiendo la regulación chilena, el Proyecto de Ley establece que las empresas podrán obtener la certificación de la adopción e implementación de su modelo de prevención, precisándose que en el certificado que se extienda deberá constar que el programa de *Criminal Compliance* contempla todos los requisitos establecidos en la norma. Se establece que los certificados podrán ser expedidos por empresas de auditoría externa, sociedades clasificadoras de riesgo u otras entidades acreditadas por la Coordinación General de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción que puedan cumplir con esta labor, de conformidad con las pautas que para estos efectos establezca.

IV. RETOS EN EL ASESORAMIENTO PENAL PREVENTIVO

Vistas las notas esenciales de regulación de los sistemas de imputación penal de personas jurídicas, resulta fácilmente comprensible que las empresas hayan reaccionado implementando modelos de prevención y detección de riesgos penales que pudiera generar la actuación de sus directivos, ejecutivos, administradores o empleados. El diseño exitoso de un programa de *Criminal Compliance* exige anticipar la responsabilidad penal a la que pudiera verse sometida la empresa por los comportamientos emprendidos en el curso de su gestión.

Para ello, por un lado, se requiere contar con un conocimiento amplio y detallado de las actividades desarrolladas por la empresa asesorada y del segmento de mercado en el que opera; y, por otro lado, dominar las reglas de imputación propias del Derecho Penal Económico e identificar los comportamientos incriminados en el ámbito de la actuación empresarial en general. El manejo de ambos aspectos es imprescindible para identificar la constelación de comportamientos que pudieran generar responsabilidad penal a la empresa, cuya prevención constituye el objetivo de todo programa de *Criminal Compliance*.

Con esto quiere decirse que un programa de *Criminal Compliance* no puede elaborarse a espaldas de la realidad de la empresa en la que se aplicará, sino que debe tomar en cuenta su cultura corporativa, las dinámicas de interacción vigentes en el mercado en el que opera, su relación con clientes, proveedores y competidores, etcétera.

Entre los retos que específicamente deben afrontarse al diseñar un programa de *Criminal Compliance*, dos son particularmente relevantes. En primer lugar, la necesidad de compatibilizar estándares de actuación autoimpuestos por la empresa por exigencias del mercado con las reglas de imputación de responsabilidad penal. Cada vez con ma-

yor frecuencia, las empresas —especialmente, pero no solamente, aquellas que cotizan en el mercado de valores y las que se relacionan con mercados internacionales al amparo de tratados de libre comercio— se autoimponen estándares de actuación superiores a los legalmente exigidos por la normatividad local, en aras de cumplir con principios de Buen Gobierno Corporativo (*Corporate Governance*) o adecuarse a las mejores prácticas posibles en los negocios (*best practice*).

Si bien se tratan de exigencias autoimpuestas, lo cierto es que de no cumplirse con ellas la empresa no podría acceder a determinadas líneas de financiamiento, cotizar sus acciones en ciertos mercados de valores, negociar sus productos en mercados de economías desarrolladas, ni contratar con determinadas empresas que exigen estrictos estándares de actuación a sus proveedores de bienes y servicios. No obstante, desde la perspectiva del Derecho Penal, debe tenerse presente que una estricta autorreglamentación supone la reducción de los espacios de riesgo permitido o, visto a la inversa, la ampliación de los espacios de riesgo prohibido, lo cual tiene impacto relevante al momento de calificar un determinado comportamiento como penalmente típico.

Como segundo reto, debemos ser conscientes que, a través de la elaboración de un programa de *Criminal Compliance* —esto es, mediante regulación empresarial interna—, es posible influir en la configuración de responsabilidad penal, sea para evitarla o imputarla, lo cual demanda especial cuidado en quien presta asesoramiento penal preventivo. En tanto la imputación de responsabilidad penal se realiza con base en **competencias por organización**, resulta comprensible que en las investigaciones penales por —presuntos— delitos cometidos en el curso de la actividad empresarial, las autoridades encargadas de la persecución criminal requieran determinados documentos internos de la empresa en los que se describen y regulan las funciones de los candidatos a la imputación, tales como estatutos, manuales de organización y funciones, reglamentos internos de trabajo, etcétera. De este modo, no puede desconocerse la influencia de la regulación empresarial interna en la determinación de la responsabilidad penal.

La tendencia legislativa marcada por los ordenamientos jurídicos más influyentes en nuestro Derecho Penal, sumado al interés por integrarnos al bloque de países de la OCDE, hace impracticable cualquier oposición radical a la regulación legal de un sistema de responsabilidad penal de personas jurídicas. A mi juicio, los esfuerzos en esta materia deberían concentrarse en la estructuración de un sistema basado en el modelo de **defecto organi-**

zativo, también denominado de **responsabilidad por el propio hecho**, descartándose toda fórmula basada en el **modelo de transferencia automática de responsabilidad** a la persona jurídica por los hechos delictivos cometidos por sus administradores, representantes o empleados.

Ello erosionaría gravemente los cimientos del principio de culpabilidad, cuyo respeto en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas viene dado por la exigencia de mantener como exigente de responsabilidad la implementación de un sistema de prevención y detección de delitos con anterioridad a su comisión, de modo que el **defecto organizativo** que fundamenta la culpabilidad de la empresa se exprese en la absoluta ausencia de un programa de *Criminal Compliance* o en la implantación de uno que no cumpla con los requisitos legales exigidos.

Quien ejerza como abogado penalista en Perú podrá advertir la urgente necesidad de un giro en la orientación práctica tradicional del Derecho Penal de la empresa y de los negocios. Se impone un

cambio de perspectiva en la formación de los juristas y en la práctica de los penalistas orientada a la prevención de los riesgos normativos que afrontan las empresas¹⁷. La nueva visión propone una intervención preventiva del penalista más amplia que la habitual, que se enfoque en la detección de riesgos penales asociados a las decisiones empresariales.

Ciertamente, esta labor no se limita a un pronóstico de condena, sino a la estimación de la probabilidad real de instauración de investigaciones fiscales o procesos judiciales de carácter penal que signifiquen para la empresa pérdidas económicas y menoscabo de prestigio comercial, aun cuando finalmente no se imponga sanción penal alguna. A su vez, debe cuidarse que el asesoramiento de corte preventivo —que incluye la participación en el diseño y seguimiento de programas de *Criminal Compliance*— no desincentive decisiones empresariales que razonablemente no representen riesgos penales reales. Para desempeñar adecuadamente este nuevo rol, el penalista necesariamente habrá de adentrarse en el conocimiento de su cliente y del negocio de éste.

¹⁷ Este aspecto es destacado por: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique. “*Compliance y Derecho Penal*”. Pamplona: Aranzadi. 2011. pp.13-32.