

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



LA DILIGENTE IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LOS
PROGRAMAS DE *CRIMINAL COMPLIANCE*
¿SE DEBEN INCORPORAR LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES
AL DISEÑAR UN MODELO DE PREVENCIÓN PENAL
EMPRESARIAL?

Tesis para optar por el grado académico de Magíster en Derecho
Penal que presenta:

Marco Antonio Barreto Guzman

Asesora:

Mg. Carolina Soledad Rodríguez Castro

Lima, 2021

**LA DILIGENTE IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS EN LOS PROGRAMAS DE
CRIMINAL COMPLIANCE**

**¿SE DEBEN INCORPORAR LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES AL DISEÑAR
UN MODELO DE PREVENCIÓN PENAL EMPRESARIAL?**

Marco Barreto Guzmán

RESUMEN:

En esta investigación afirmamos que los individuos y las organizaciones empresariales tienen el deber general de actuar diligentemente con la finalidad de no lesionar a los demás en su vida, patrimonio y otras instituciones creadas para la convivencia pacífica. Para ello, las conductas que – por su propia naturaleza – ponen en riesgo bienes jurídicos deben adecuarse a lo prescrito por las normas estatales y, cuando estas no resultan suficiente por la especialidad de la materia, al propio *expertis* que brinda el oficio o desarrollo del ejercicio profesional. A estos conocimientos que se gestan en la práctica de la profesión u oficio se denominan “conocimientos especiales”.

Entre los escenarios más proclives a la formulación de conocimientos especiales se encuentran las actividades económicas de carácter empresarial, resultando muy limitada la capacidad del Estado para regular sus alcances de forma plena. Esto ha llevado a que los privados busquen autorregularse. Siendo este contexto favorable para plantear la pregunta de la presente investigación: ¿deben los privados utilizar sus conocimientos especiales en la fase de inicial de elaboración de un modelo de prevención de delitos de una organización para asegurar su futura eficacia como eximente conforme al artículo 17 de la Ley 30424 y sus modificatorias?

Concluimos afirmando que la autorregulación capaz de exonerar de cargos penales supone una elevación del estándar de control respecto a lo previsto por la normativa estatal. Por tanto, creemos obligatorio incluir a los conocimientos especiales en el trabajo de identificación de riesgos penales de las empresas.

ABSTRACT:

In this investigation, we affirm that individuals and business organizations have the general duty to act diligently in order to avoid damaging other's lives or patrimony besides other institutions created to maintain for peaceful convivence. To achieve this goal, kind of behaviour that – for ich own nature – put legal assets in risk must be adapted to fulfil state standards and, when these are not sufficient due the specificity of the matter, to the expertise provided by the trade or development of the professional practice. The knowledge that arises from the practice of the profession is called "special knowledge".

Among the most likely scenarios for the generation of special knowledge we can find economic activities with business nature. Here, the State has a very limited capacity to fully regulate and this has led the private sector to seek self-regulation. Given this situation, we can raise the question of the present research: ¿Should private sector use their special knowledge in the initial phase of developing a crime prevention model of an organization to ensure its future effectiveness as an exemption under Article 17 of Law 30424 and its amendments?

We conclude by stating that self-regulation capable of dismiss legal charges carries an increase the standard of control above the said statal regulations. Therefore, it is mandatory that special knowledge is included in the work of identifying criminal risks in companies.

PALABRAS CLAVES

Modelo de prevención, debida diligencia, identificación de riesgos, conocimientos especiales, responsabilidad penal de personas jurídicas, programa de cumplimiento.

KEY WORDS

Criminal compliance, due diligence, risk assesment, special knowledge, risk management, compliance program.

ÍNDICE:

Introducción	6
1. Conducta diligente y evaluación de riesgos en actividades empresariales.....	8
1.1. La debida diligencia como concepto: evolución y tratamiento legislativo	11
1.1.1 La diligencia y su tratamiento jurídico: incidencia en el ámbito jurídico penal	13
1.1.2 Las actividades riesgosas en el ámbito empresarial	19
1.2. La identificación de riesgos penales en actividades empresariales: el paso inicial para la autorregulación de hecho y de derecho	24
1.3. Elementos que conforman la debida diligencia en la persona jurídica para prevenir riesgos penales.....	28
1.3.1 Deberes de identificación de actividades riesgosas en el ámbito penal.....	29
1.3.2 Deberes de control de riesgos penales	30
1.3.3 Deberes de supervisión de riesgos penales e identificación de obligados	32
1.4. Diligente identificación de riesgos en un modelo de prevención como eximente de responsabilidad de la persona jurídica conforme a la Ley 30424	35
1.4.1 Los modelos de prevención en el Perú y su progresiva evolución en el desarrollo de actividades empresariales	38
1.4.2 Los conocimientos especiales como herramientas para la identificación y construcción de una matriz de riesgos en las empresas	40
2. Los conocimientos especiales como herramientas empresariales para superar los estándares de la regulación estatal en la identificación de riesgos penales durante el diseño de un modelo de prevención penal.....	46
2.1. Ubicación del estándar de cumplimiento de la legislación peruana en la identificación de riesgos penales	48
2.2. La necesidad de incorporar conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales como parte de una debida diligencia	57
2.2.1 Justificación en sentido empírico: el ineficiente Estado regulador y la delegación de deberes a las organizaciones empresariales.....	57
2.2.1.1 Escenario 1: Altos niveles de regulación estatal en la actividad empresarial realizada e imposición de estrictos programas de <i>criminal compliance</i>	62
2.2.1.2 Escenario 2: Regulación estatal con enormes cuotas de libertad para las empresas de acuerdo a la actividad desarrollada.....	64

2.2.2 Justificación en sentido jurídico (penal): La materialización de un riesgo de índole penal penal al interior de una organización empresarial y el posible quebrantamiento del principio de legalidad material	70
2.2.3 Justificación en sentido ético: La autorregulación como autoimposición de responsabilidades de la empresa más allá de lo exigido genéricamente por la norma estatal	77
3. Sobre el uso de los conocimientos especiales como herramienta en la identificación de riesgos penales, como base para la elaboración de un modelo de prevención penal (<i>criminal compliance</i>)	85
3.1. Aproximación teórica de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales	85
3.1.1 El momento oportuno para la identificación de riesgos penales basados en conocimientos especiales durante la implementación de un modelo de prevención penal (<i>criminal compliance</i>)	87
3.1.2 Las personas encargadas de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales y su verificación	89
3.1.3 El contenido de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales y su verificación	92
3.2. Consecuencias prácticas en la imputación penal: caso Graña y Montero y la eventual incorporación de conocimientos especiales en la identificación de riesgos penales	96
Conclusiones.....	99
Bibliografía	101

INTRODUCCIÓN

La diligencia bajo la cual se comporta un individuo no impide en su totalidad que alguno de los riesgos derivados de vivir en sociedad llegue a materializarse en un daño real. Realizar cualquier actividad siempre generará un margen de exposición a eventuales daños que debemos admitir como potenciales. En consecuencia, toda previsión, por extrema que sea, podría resultar insuficiente en el caso concreto.

En semejante sentido sucede con las personas jurídicas, entendidas como colectivos de personas que se han organizado alrededor de un fin común (mayoritariamente patrimonial). En estos casos la cuestión de prudencia *in abstracto* también aplica para ellas; pues comúnmente el colectivo se organiza para determinada actividad lícita y productiva, con la prudencia suficiente de no generar asimetrías organizacionales que desencadenen contravenciones a las normas o daños a terceros, o incluso a sus propios integrantes.

Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre los deberes de los individuos, fijados ordinariamente por reglas estatales, y los deberes de las empresas en el marco del compromiso de autorregulación. En este segundo escenario, la propuesta es que los deberes de diligencia de las organizaciones sean consecuencia de la previsión que se toma sobre los riesgos que estas empresas generan con la puesta en marcha de sus actividades y que pueden identificar en función a los conocimientos que las mismas poseen casi de modo exclusivo, en razón a la especialización de sus operaciones.

El presente trabajo centra su atención en el deber que tienen las personas jurídicas para identificar riesgos durante el proceso de elaboración de un modelo de prevención penal (*criminal compliance*), cuestionándonos si son los conocimientos especiales que poseen las entidades corporativas una herramienta imprescindible al momento de identificar riesgos penales por parte de una organización, como elemento diferenciador de las reglas comunes dadas por el Estado a través de sus diversas entidades sectoriales.

Nuestra hipótesis se dirige a afirmar que, los conocimientos especiales que posee la propia organización empresarial son de vital importancia porque brindan el componente

“adicional” que justifica los espacios de autorregulación que prevé la regulación estatal a los privados para asegurar el pleno disfrute de sus derechos y deberes en el desarrollo de actividades económicas. Todo ello, como parte de asegurar el cabal cumplimiento del deber de identificación de riesgos dirigido específicamente a las empresas.

Desde nuestro punto de vista, la elevación del estándar frente a las limitaciones que tiene el Estado de regular todas las actividades económicas y que supone una serie de valoraciones legales, económicas y éticas por parte de la organización empresarial, es la principal razón de ser de la denominada “autorregulación”. Por este motivo, consideramos que dejar de lado la inclusión de conocimientos especiales en la identificación de riesgos penales para la elaboración de un programa de cumplimiento, generaría la construcción del denominado “compliance cosmético” o “compliance aparente”.

Dividimos nuestra investigación en tres capítulos. El primero desarrolla el criterio de debida diligencia en el ordenamiento jurídico y los conocimientos especiales en ámbitos organizacionales. El segundo desarrolla los conocimientos especiales como fundamento de la diligencia debida que debe emplearse en la identificación de riesgos en una actividad corporativa. Finalmente, el tercer capítulo toca *in extenso* nuestra propuesta a fin de que sea la doctrina de los conocimientos especiales la base angular del desarrollo del deber de identificación de riesgos penales como primer paso para la elaboración de un modelo de prevención penal.

La tesis que ponemos a disposición del lector es el resultado de dos años de investigación en la Pontificia Universidad Católica del Perú, bajo la estricta asesoría de una excelente profesora que, con el tiempo se convirtió en atenta y paciente compañía intelectual, nos referimos a la docente Carolina Rodríguez, a quien le debemos más que una tesis terminada, un objetivo de vida cumplido.

Los invitamos a leer una tesis que, partiendo de un tema novedoso e importante en la dogmática penal actual: el *criminal compliance*, pretende dar un aporte respetando los principios rectores de la ciencia penal.

Lima, diciembre del 2021

1. CONDUCTA DILIGENTE Y EVALUACIÓN DE RIESGOS EN ACTIVIDADES EMPRESARIALES

Toda actividad humana genera consecuencias en el mundo, aquellas que además están dirigidas a una pluralidad de personas y se sirven del desarrollo tecnológico tienen consecuencias con un mayor impacto social.

Este impacto puede darse en sentido positivo, por ejemplo, en la elaboración de una vacuna, como también en sentido negativo, como en el caso del daño ambiental. No obstante, las actividades humanas en general generan riesgos, entendidos como la probabilidad de causar daños, sea voluntaria o involuntariamente, máxime si se trata de actividades vinculadas a nuevas tecnologías.

El riesgo es inmanente a toda actividad simple o compleja, artesanal o tecnificada, individual o conjunta. Lo antes dicho evidencia la posibilidad de que cualquier actividad sea, en mayor o menor medida, riesgosa; y, por ende, potencialmente idónea para generar un daño a terceros o a uno mismo.

No obstante, existen actividades que generan mayores riesgos para la sociedad en razón a que se ejecutan en terrenos aún desconocidos para la ciencia, por traer consigo constantes cambios en las condiciones de su producción y la disponibilidad de insumos que sirven como materia prima. Entre estas actividades se tienen, a manera de ejemplo, a la industria farmacéutica, alimenticia, energética o de extracción de recursos naturales. Lo cual, desde una mirada externa, obliga a asumir con responsabilidad el desarrollo de dichas actividades y, entre otros, intentar mantener los riesgos derivados de esta sociedad altamente industrializada en el menor nivel posible¹.

En el mismo sentido, desde una mirada al interior de las organizaciones y entidades industrializadas, también encontramos algunos ámbitos de riesgo que se generan en las relaciones interpersonales. Así, por ejemplo, en el ámbito de la contratación pública

¹ Cfr. ULRICH, Beck. Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986. Traducido por: NAVARRO, Jorge, JIMÉNEZ, Daniel y María Rosa, BORRÁS. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 1998, p. 16 y ss.

o privada, así como la posible ilicitud en el origen de los patrimonios que son objeto de acuerdos entre los ciudadanos.

Si ahondamos en el concepto de “riesgo”, se tiene que la Real Academia Española (RAE) lo define en su primera acepción como la “contingencia o proximidad de un daño”, este contenido evidencia la cercanía del alcance de esta palabra con un acontecimiento negativo. Así, en términos sencillos, para la Academia, el riesgo es la posibilidad de que algo malo ocurra. En este sentido, esta posibilidad de afectación nos lleva a cuestionarnos la necesidad de prevenir un desenlace negativo y, así, evitar los impactos dañinos o por lo menos intentar razonablemente evitarlos.

Recogiendo esta definición sencilla, nos centramos en el alcance del concepto de riesgo desde la actuación empresarial. Basándose en la norma UNE-ISO 19600:2015 referida a la implementación de un programa de cumplimiento normativo^{2 3} en las entidades, Jorge Martí y Miguel Bolívar conceptualizan el riesgo como:

“(…) La probabilidad de que una empresa sufra un perjuicio o daño, principalmente económico o reputacional, como consecuencia de que se realice

² Para SIEBER, Ulrich “tanto las empresas como los sistemas legales han establecido, a nivel mundial, nuevos conceptos con el fin de mejorar la dirección de la empresa. Entre los conceptos más usados están: programas de cumplimiento, risk management, value management y corporate governance, así como business ethics, integrity codes of conduct y corporate social responsibility. Estas palabras clave describen medidas destinadas a orientar la dirección empresarial hacia valores éticos y a impedir la criminalidad empresarial mediante la implantación de medidas de prevención”, véase en su artículo “Compliance-programme im unternehmensstrafrecht. Ein neues konzept zur kontrolle von Wirtschaftskriminalität”, traducción hecha por Manuel Abanto Vasquez con el título “Programas de Compliance en el Derecho Penal de la Empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica” publicado en: ARROYO ZAPATERO, Luis (Coord.). El Derecho Penal Económico en la era del *compliance*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 64. No obstante, no existe una traducción exacta del inglés que represente el traslado idéntico del contenido del término *compliance* derivado de la acepción inglesa. A nivel de la dogmática y normativa penales, se han manejado otras acepciones para este término, entre las cuales se encuentran: programas de cumplimiento normativo, programas de prevención. Para efectos de la presente investigación se trabajará con la acepción “programas de gestión de riesgos penales”, porque, al momento de la presente investigación, creemos que es la frase que recoge, con mayor precisión, el contenido del criminal compliance.

³ Para GIMENO, Jordi “A nadie se le escapa que el país pionero y referente mundial en la responsabilidad penal de las personas jurídicas es Estados Unidos. Exactamente desde el año 1909, a través de la famosa sentencia New York Central y Hudson River Railroad Vs United States por la que se condenó a una compañía de ferrocarril. De dicho país proceden los programas de cumplimiento – compliance programs que han sido, y están siendo adoptados, por las sociedades a modo de vacuna ante una hipotética sanción penal por la comisión delictiva en el seno de la organización ” véase en su libro *Compliance y proceso Penal*, Civitas, Pamplona, primera edición, p. 30.

un acto, por acción u omisión de la organización o uno de sus miembros, que sea contrario a alguna disposición legal (...)⁴.

Como puede apreciarse, los autores antes mencionados también comprenden el riesgo en sentido negativo, conceptualizándolo como el daño o perjuicio que puede sufrir una empresa como consecuencia del incumplimiento de una disposición normativa. En nuestra opinión, coincidimos con los efectos negativos que pueden traer los escenarios de riesgo para una empresa, pero consideramos como mucho más relevante mover el foco de atención hacia los escenarios de causación del aumento o descontrol de los riesgos intrínsecamente pertenecientes a una actividad empresarial. Es decir, hacia las capacidades de actuación o control propias de la organización, a efectos de identificar cuándo las oportunidades de riesgo se presentan, esto es, cuándo las medidas de control resultan ausentes o son defectuosas.

En este primer capítulo tratamos la diligencia necesaria que se debe mantener en el desarrollo de actividades empresariales. Así, hacemos mención a la cautela, los riesgos, la identificación de los mismos y las formas en que las empresas pueden o deben autorregularse mientras desempeñan sus actividades principales, manteniéndose dentro de los linderos de la legalidad, independientemente de cualquier evento no deseado o incluso frente a cualquier hecho penalmente relevante por parte de algún integrante de la organización.

En las siguientes líneas buscamos sentar las bases para el análisis del riesgo – entendido como la proximidad a la causación de un daño o perjuicio – acontecida durante la realización de actividades ordinarias de una empresa y que se producen como consecuencia de un defecto en su organización, y de las consecuencias o efectos nocivos que puede recaer en la propia entidad o en un tercero no necesariamente vinculado a ella.

Para ello, el presente capítulo se encuentra dividido en tres apartados. El primero busca conceptualizar y delimitar el término “debida diligencia” como categoría jurídica, la evolución y el tratamiento legislativo que ha tenido, su necesaria referencia en el desarrollo de actividades riesgosas y la implementación de un sistema de

⁴ MARTÍ, Jorge y Miguel, BOLÍVAR. Mapa de riesgos legales para las empresas. *¿De qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?*, en: GIMENEZ ZURIAGA, Isabel (Comp.). Manual práctico de compliance, Civitas, Barcelona-Madrid, 2017, p. 97.

autorregulación de hecho y de derecho en la identificación de riesgos iminentes a actividades empresariales.

El segundo apartado tiene por finalidad determinar los aspectos que integran la debida diligencia en las actividades que desarrolla una persona jurídica, resaltando los deberes de prevención, control y supervisión de la actividad económica desempeñada por la empresa, y resaltando la importancia de los conocimientos especiales en la identificación de riesgos derivados de la actividad empresarial.

Finalmente, el tercer apartado detalla el contenido de la debida diligencia en el desempeño de una actividad empresarial, las reglas derivadas de la Ley 30424 sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y la posibilidad de quedar exento de responsabilidad en caso se acredite la debida diligencia mediante la correcta implementación de un modelo de prevención penal *criminal compliance*, cuyo primer paso es la identificación de riesgos derivados de una determinada actividad económica.

1.1. La debida diligencia como concepto: evolución y tratamiento legislativo

El término “debida diligencia” está compuesto por dos conceptos que pretendemos desarrollar en este primer apartado: “diligencia” y “deber ser” (de dicha actividad). En este sentido, no solo basta con asumir qué se entiende por “diligencia” en un sentido profano, sino que también resulta importante conocer en qué extremo resulta coherentemente estructurado conforme a los estándares normativos y/o prácticos que se exige para determinada práctica social.

Para ello, el presente subtítulo se compone de tres ideas principales: a) La diligencia desde un punto de vista jurídico y su tratamiento en las principales ramas del Derecho, b) La identificación de los riesgos derivados de actividades empresariales como parte de la debida diligencia, y c) El ser y el deber ser en la tarea de identificación de riesgos al interior de una actividad empresarial. No obstante, antes de pasar a desarrollar cada uno de estos puntos en el orden señalado, nos parece importante ahondar en el contenido de la diligencia y su alcance como parámetro de valoración del “deber ser”.

A lo largo del tiempo se han utilizado diversas frases o se han acuñado diversos términos para referirse a la “diligencia”. Así, por ejemplo, se le ha identificado como la

cautela o precaución que debe tener una persona durante el desarrollo de cualquier actividad, sea esta riesgosa o no. Incluso hemos encontrado en los materiales de estudio de diferentes disciplinas, términos similares al de cautela o diligencia, como son “precaución”, “prudencia”, “diligencia” y “cuidado”.

Al respecto, una aproximación interesante al concepto de “diligencia” la podemos encontrar en el caso *Cooke vs Forbes*, resuelto en el año 1867 por los tribunales de Estados Unidos, el asunto es descrito del siguiente modo:

“(…) Parte del procesamiento del tejido de la fibra de coco consiste en sumergirla en líquidos blanqueadores y después colgarla para secar. El humo proveniente de un fabricante de sulfato de amonio modificaba el acabado de la fibra y la volvía de un color opaco y negruzco. La razón era que el líquido blanqueador contenía cloruro de estaño, que al entrar en contacto con el ácido sulfhídrico hacía el color más oscuro. Se pensó que una demanda haría que el fabricante cesara de emitir estos humos. Los abogados del demandado arguyeron que, si el demandante no usase un líquido blanqueador en particular, sus fibras no se afectarían, que sus procesos eran inusuales, contrarios a la costumbre del gremio y aun dañinos para sus propios tejidos. El Juez comentó – me parece muy evidente que una persona tiene derecho a realizar en sus propiedades un proceso manufacturero en el que use cloruro de estaño o cualquier tipo de tinte metálico, y que su vecino no tiene la libertad de lanzar gases que perjudiquen su industria- pero en vista que el daño fue accidental y ocasional, y de que se tomaron **cuidadosas precauciones**, y que no había riesgo excepcional, se levantó la demanda (...)”⁵ [negritas añadidas].

Como se puede apreciar, la diligencia no depende de la efectiva comisión de un accidente sino del desarrollo de un conjunto de actividades cuya adecuada implementación se produce en un momento anterior a su eventual desenlace. Es por eso que, este momento previo necesita ser evaluado a través de un “deber ser” que permita identificar cuándo dichas actividades previas se dan correctamente y cuándo no.

Desde las diversas ramas del Derecho se han establecido parámetros de análisis para determinar que una conducta ha seguido una “debida diligencia”. Para efectos de la

⁵ COASE, Ronald. *El problema del Costo Social*, en: ROEMER, Andrés (Comp.). *Derecho y Economía: una revisión de la literatura*, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2002, p. 521.

presente investigación identificamos dos parámetros de valoración. Por un lado, la “debida diligencia” ha servido para dotar de contenido al aspecto subjetivo de la conducta de una persona. Por otro, ha permitido fijar el alcance o el curso de una actividad riesgosa por parte de un individuo, persona jurídica e incluso de un país.

1.1.1 La diligencia y su tratamiento jurídico: incidencia en el ámbito jurídico penal

Distintas ramas del Derecho se han ocupado de analizar el término “diligencia” para referirse a alguno de los extremos antes identificados, los cuales pasamos a analizar a continuación.

En el ámbito del Derecho civil se menciona la diligencia debida como tópico necesario en el estudio de la responsabilidad civil, tanto contractual como extracontractual. En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la debida diligencia permite identificar el contenido de la responsabilidad subjetiva. De conformidad con ello, Fernando De Trazegnies señala que:

“(…) en lo que atañe a la responsabilidad por culpa o responsabilidad subjetiva, según el cual el peso económico del daño debe trasladarse al causante si éste ha obrado dolosamente o con imprudencia o descuido (…) cuando miramos desde la perspectiva de la víctima que busca satisfacción, al primero que encontramos es al causante del daño, y si este causante no obró con la **diligencia adecuada**, el perjuicio económico debe trasladarse porque el daño no se hubiera producido si no hubiera sido por su intervención negligente o imprudente. El causante “decidió” no tomar las **precauciones debidas** (es decir pudo hacerlo y no lo hizo) y como consecuencia de esta imprudencia o negligencia debe asumir los efectos nocivos que se deriven de esa conducta”⁶. [negritas añadidas]

En materia de las obligaciones, para Massimo Bianca resulta importante que la obligación de diligencia no se confunda con la obligación de buena fe. Sobre este punto, el referido autor comenta:

⁶ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual, Tomo 1, 8va edición, ARA Editores, Lima, 2016, p. 48.

“La diligencia consiste en el empleo adecuado de las energías y los medios idóneos para la realización de un determinado fin. En las relaciones obligatorias y en la vida de relación la **obligación de la diligencia** impone, justamente, el esfuerzo volitivo y técnico adecuado para satisfacer el interés del acreedor y para no lesionar los derechos ajenos. Así, la diligencia mide el deber al que el sujeto está obligado para satisfacer el interés ajeno, jurídicamente tutelado, es decir que ella indica el compromiso del sujeto en relación con el derecho ajeno, mientras que la obligación de la buena fe “prohíbe un comportamiento desleal y además impone salvaguardar la utilidad de la contraparte, pero no llega a exigir un compromiso que se remita al esfuerzo diligente”⁷. [negritas añadidas]

Conforme se desprende de la cita, el autor identifica a la debida diligencia con la cautela que debe tener el sujeto para el cumplimiento de sus obligaciones frente a las acreencias asumidas y en relación con los intereses de terceros. Asimismo, sostiene que la obligación de diligencia tiene un alcance mayor que el de la buena fe pues el primer concepto está dirigido al esfuerzo positivo que debe realizar una persona por cumplir las obligaciones pactadas, mientras que la buena fe se refiere sobre todo al ámbito interno del individuo de proceder correctamente al momento de suscribir una obligación.

Bajo una perspectiva del análisis económico de las instituciones legales, Alfredo Bullard centra su atención en el reconocimiento de la responsabilidad civil derivada de la actuación basada en el elemento subjetivo “culpa”, entendida en sentido *lato* como elemento adicional a la mera causación del resultado dañoso. Al respecto, se tiene: “(...) El Código Civil privilegia la culpa, y la culpa solo tiene relación con la desincentivación de conductas dañinas, es decir, el establecer un **standard de conducta para que la gente se comporte de manera distinta**⁸ [negritas añadidas].”

Manteniéndonos en este campo, Robert Cooter y Thomas Ulen mencionan necesariamente 3 elementos para determinar responsabilidad, desde los postulados de la Teoría Económica de los ilícitos culposos: i) El sufrimiento de un daño, ii) La causación

⁷ BIANCA, Massimo. Diritto Civile Tomo III - il Contratto, Giuffrè Editore, 2000, Traducida por Fernando Hinestrosa, Derecho Civil, Volumen 3, segunda edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 527-528.

⁸ BULLARD, Alfredo. Derecho y Economía: El análisis económico de las instituciones legales, Palestra, Lima, 2009, p. 709.

de un daño, y iii) El incumplimiento de una obligación⁹. Sobre este tercer apartado, alejándose de la responsabilidad objetiva, los mencionados autores señalan que:

“(…) una regla de negligencia permite la defensa de que el accidente ocurrió a pesar de que el victimario satisfizo todas las normas de cuidado aplicable (…) una obligación de obrar con cuidado es una norma legal que prescribe el **nivel mínimo de la precaución aceptable** (…) las tradiciones legales difieren en su aplicación de principios generales del cuidado y su lenguaje preferido para expresar tales principios. El Derecho común de los países de habla inglesa hace hincapié en la obligación de obrar con un **cuidado razonable** (…) el análisis económico del Derecho revela ciertas semejanzas del comportamiento que se encuentran detrás de estas diferencias del lenguaje y las tradiciones legales”¹⁰. [negritas añadidas]

Los mencionados autores nos explican que la noción de diligencia siempre va a estar presente en los criterios que se manejen al momento de evaluar las conductas bajo la regla de negligencia. En consecuencia, siempre habrá un análisis sobre el aspecto subjetivo de la conducta del agente y sobre el nivel de precaución que debe observar el hombre razonable.

En el Derecho penal, la diligencia debida se ha mencionado recurrentemente para explicar la naturaleza de los delitos culposos, es decir de aquellos ilícitos que se cometen sin que el agente dirija su conducta a un resultado típico específicamente deseado, sino que se genera un resultado dañoso y penalmente relevante producto de su actuar negligente. Cabe precisar que, conforme al desarrollo de la dogmática actual, las conductas culposas son consideradas como delitos solamente si la ley las prevé como tales, a esto se le ha denominado el “sistema del *numerus clausus*”^{11 12}. En este

⁹ COOTER, Robert y Thomas, ULEN. Law & Economics, Pearson Education, 2004. Traducido por: SUAREZ, Eduardo. Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, México D.F., 2008, p. 458.

¹⁰ COOTER, Robert y Thomas, ULEN. Law & Economics, Pearson Education, 2004. Traducido por: SUAREZ, Eduardo. Derecho y Economía, Fondo de Cultura Económica, 2da edición, México D.F., 2008, p. 351.

¹¹ La ley peruana castiga el accionar culposo conforme a la regla establecida en el segundo párrafo del artículo 12° del Código penal que a la letra dice “El agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente previstos en la ley”.

¹² Al respecto, Felipe Villavicencio señala que: “(…) los delitos culposos (delitos imprudentes) están taxativamente establecidos en la ley (*numerus clausus*, artículo 12° del Código penal). En realidad- continúa- en nuestro Código penal no existen muchos tipos culposos, y no toda figura dolosa tiene su correspondiente versión culposa (…)”, en: VILLAVICENCIO, Felipe. Código Penal comentado, 3ra edición, Editorial, Lima, 2002 p. 65. En el mismo sentido: HURTADO, José. Manual de derecho penal parte general I, 3ra edición, Grijley, Lima, 2005, p. 710.

sentido, a efectos de valorar la imprudencia que justifica la calificación de una actuación como delito culposo, Santiago Mir sostiene lo siguiente en relación al ordenamiento español:

“La imprudencia grave es la única que puede dar lugar a delitos (no a faltas). Su equivalente anterior, la imprudencia temeraria, fue equiparada por el Tribunal Supremo en ocasiones a la culpa lata del Derecho común. Silvela la definió como – aquel cuidado y diligencia, aquella atención que puede exigirse al menos cuidadoso, atento o diligente, baremo éste del hombre menos diligente que la doctrina y el Tribunal Supremo manejan a menudo, aunque también con frecuencia el último se contenta con la infracción de las normas que observaría una persona media”¹³.

El mencionado autor construye su posición sobre la base del nivel de precaución estándar que resultaría exigible a un hombre cualquiera en una situación ordinaria, lo que puede resolver la gran mayoría de casos de imprudencia e incluso si resulta necesario determinar la concurrencia de negligencias. El razonamiento propuesto parece bastante convincente, sin embargo, existe un debate abierto para resolver los denominados “casos límite” donde no resulta posible mantener un nivel de valoración estándar referido al “hombre común”, pues – por el contrario – se exige desplegar comportamientos adicionales o superiores a dicho estándar para comprender el adecuado desarrollo de previsiones en el control de los riesgos de determinadas actuaciones. Siendo este último supuesto, aquellos casos derivados – por ejemplo – de la innovación tecnológica, conforme veremos más adelante.

Siguiendo el campo del derecho penal, la debida diligencia también se ha tomado como referencia para explicar la figura de la omisión. El sistema de imputación actual permite atribuir responsabilidad a una persona por no haber realizado una determinada conducta que tenía la obligación de hacer. Sobre este aspecto, Günther Jakobs refiere que:

“En los delitos de omisión semejantes a la comisión (semejantes a la acción), la omisión es una modalidad delictiva con la medida y género de injusto de la modalidad de acción: actuar y omitir equivalen expresamente. Todos los delitos de este género ostentan, al menos para la modalidad de omisión, la descripción

¹³ MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal Parte General, 5ta edición, Barcelona, 1998, p. 271.

expresa o completamente mediante interpretación, de un autor obligado especialmente, en sentido amplio (garante), aunque sea veladamente, al definir el deber especial mediante el poder de organización, que excluye a terceros”.¹⁴

En los supuestos de omisión referidos por el autor, un resultado dañoso sería imputable penalmente a su autor cuando el mismo es consecuencia de la falta de actividad del agente, quien estaba obligado a actuar diligentemente en atención a determinada institución como la patria potestad, los deberes legales de vigilancia de las fuentes de peligro, los deberes de origen contractual, etc. Estos casos son denominados actualmente como delitos de comisión por omisión y, como se puede apreciar, permite atribuir responsabilidad penal por la falta de verificación de una conducta diligente o debida conforme a los alcances normativos. Como se ha venido señalando, el espacio diligencia no cubierto por las normas, debe ser atendido por la autorregulación. Por tanto, las omisiones imputables penalmente por falta de una debida diligencia pueden alcanzar aquellos márgenes provenientes de esta manifestación de los privados.

En el ámbito jurídico del *common law* también se ha estudiado el criterio de la debida diligencia. Al respecto, el estudio de Juan Ignacio Piña explica que:

“(…) Una persona obra negligentemente si su conducta, en relación con un riesgo razonablemente apreciable, se sitúa por debajo del estándar exigible a una persona razonable a la luz de dicho riesgo... resulta evidente que este concepto de negligencia (tal como lo trata el *common law*) puede distinguirse claramente de la intención (...), puesto que ésta no requiere que haya previsión de las consecuencias, sino sólo basta que el agente se comporte de un modo diferente (o inferior) al **estándar exigible a una persona razonable**”¹⁵. [negritas añadidas]

En el ámbito del derecho anglosajón, la debida diligencia también está presente en las reglas de auditoría y cuidado en materia de contrataciones, bajo la forma del denominado *due diligence* (diligencia debida o comprobaciones debidas):

“(…) los actos de auditoria, **comprobación de medidas de precaución** necesarias previas a la firma de un contrato; en ese sentido en el ámbito de los

¹⁴ JAKOBS, Günther. Derecho Penal Parte General- fundamentos y teoría de la imputación, 2da edición. Traducido por CUELLO CONTRERAS, Joaquín y José, SERRANO GONZALES DE MURILLO, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 944

¹⁵ PIÑA, Juan Ignacio. La Estructura de la Teoría del Delito en el ámbito Jurídico del *Common Law*, Comares, Granada, 2002, pp. 103-104.

contratos firmados ordinariamente se solicita un *due diligence* como base para establecer las fortalezas y las debilidades de la compañía y sus riesgos inmediatos; al punto que existen demandas de compradores de empresas basados en que en el *due diligence* entregado no existía como riesgo un hecho que luego se materializó en breve; en ese orden de ideas se trata de establecer, antes de cerrar un trato, de saber si la empresa se encuentra financiera y económicamente apta para realizar el acuerdo conforme a los términos contractuales. Es decir que **la diligencia debida se homologa también a la precaución necesaria en el ámbito de los contratos**¹⁶. [negritas añadidas]

Además, el término “debida diligencia” ha sido utilizado en el ámbito del Derecho Internacional Público, para referirse a uno de los factores de análisis necesarios de verificar para la atribución de un hecho internacionalmente ilícito a un país, al respecto José Fernando Lozano sostiene que:

“La diligencia es una categoría que además de encontrarse presente en la mayoría de ordenamientos internos, es susceptible de adquirir un significado y un contenido distinto dependiendo del sistema de normas desde el cual se realice su examen. (...) en el derecho romano clásico, las nociones de culpa y diligencia no llevan aparejado ningún matiz de carácter subjetivo (la culpa no se traduce en la búsqueda de la intención psicológica del deudor cuando éste ha dejado de ejecutar la obligación, al igual que la diligencia tampoco se considera un estado de espíritu psicológico sino simplemente una manera de ejecutar una serie de deberes u obligaciones asumidas)”¹⁷.

Para el autor antes referido, la categoría de debida diligencia puede tener una serie de significados distintos atendiendo a los siguientes factores:

- (i) Diversidad de sistemas jurídicos o factor espacial.
- (ii) El factor lingüístico, los términos empleados para designar a una misma institución o categoría difieren.
- (iii) El factor material, de acuerdo a este criterio, el significado o la función de un mismo concepto cubre distintos significados.

¹⁶ PÉREZ, Simón. *¿Qué es y para qué sirve una due diligence?*, fecha de publicación: 28 de mayo del 2019, en: DELVY LAW AND FINANCE, se puede encontrar el artículo en el siguiente enlace: <https://delvy.es>, página web visitada el día 22 de abril de 2002, a las 9:00 horas.

¹⁷ LOZANO, José Fernando. *La noción de debida diligencia en el Derecho internacional público*, Atelier, Alicante, 2007. pp. 29 y ss.

El autor antes referido hace alusión a la multiplicidad de significados que podría cubrir el término debida diligencia, dependiendo de si se trata del escenario en el que se trate, pudiendo usarse en el sistema de relaciones entre individuos, a nivel empresarial, en el sistema anglosajón o romano germánico. Por lo que, a su entender, debe tenerse mucho cuidado en su uso, pues instituciones con diferente nombre o categorías jurídicas, o con contenido intrínseco distinto pueden manejarse sin mayor diferenciación a nivel global, incurriendo de este modo en errores de tratamiento en el manejo de categorías jurídicas.

Sea desde la perspectiva del Derecho público o desde la posición del Derecho privado, la debida diligencia siempre va a ocupar un lugar central en el análisis del proceder del ser humano y su conformidad con las expectativas normativas (o incluso con determinadas directrices éticas). Este análisis resulta igual de importante en el ámbito empresarial, al generar consecuencias jurídicas de diversa índole para una pluralidad de personas, como son las de tipo civil, comercial, laboral, administrativo y penal.

No obstante, en el presente trabajo centramos nuestra atención en la relevancia legal de la debida diligencia como directriz principal al momento de diseñar un programa de prevención – *compliance* - en el ámbito penal empresarial. Queremos hacer especial referencia al desarrollo de actividades empresariales que generan riesgos en la administración pública, salud pública, reglas del mercado, libre competencia y en el uso de nuevas tecnologías.

1.1.2 Las actividades riesgosas en el ámbito empresarial

La debida diligencia se ha utilizado como referencia al explicar los cambios de la sociedad moderna a la posmoderna, en esa dirección tenemos a Humberto Valenzuela, quien afirma que:

“Conforme se fueron incrementando las innovaciones tecnológicas las relaciones entre las personas se multiplicaron e hicieron más complejas, debido al fenómeno de la masificación. Asimismo, los daños producidos en la industria y por las nuevas máquinas – respecto de lo cual no era posible garantizar su seguridad con un **comportamiento diligente o cuidadoso**- pusieron en cuestionamiento los

fundamentos de los sistemas basados en criterios subjetivos de atribución de responsabilidad”¹⁸. [negritas añadidas]

Luego de su explicación sobre el devenir de la sociedad, Humberto Valenzuela se centra en el análisis de los eventos dañosos derivados de accidentes de tránsito y propone variables tanto legales como económicas, así como el traslado y la conveniencia de la exteriorización de los costos de externalidades negativas, para explicar finalmente la existencia de obligaciones personales y obligaciones generadas como consecuencia del diseño de las sociedades.

Los riesgos son tan diversos como comportamientos existen, incluso una determinada actividad podría generar varios riesgos. Las actividades riesgosas no se circunciben a los potenciales daños en la vida o salud de las personas, sino que también pueden afectar a las instituciones estatales como – por ejemplo – ocurre con la afectación de la transparencia y objetividad durante los procedimientos frente al Estado, en los delitos de corrupción. Asimismo, como se ha tenido ocasión de señalar previamente, a las actividades riesgosas más tradicionales se unen aquellas que traen consigo la masificación de la tecnología, la cual ha producido que los riesgos hayan especializado su naturaleza como incrementado su magnitud. Al respecto, Ulrich Beck señala que:

“(…) Los riesgos y peligros de hoy se diferencian esencialmente de los de la edad media (que a menudo se les parecen exteriormente) por la globalidad de su amenaza (seres humanos, animales, plantas) y por sus causas modernas. Son riesgos de la modernización. Son un producto global de la maquinaria del progreso industrial y son agudizados sistemáticamente con su desarrollo ulterior (...)”¹⁹.

Desarrollando el planteamiento de Beck, Blanca Mendoza sostiene:

“(…) a este respecto destaca BECK como diferencia esencial entre estos nuevos riesgos y las catástrofes y peligros anteriores a la industrialización, el hecho de que estos últimos se concebían como algo que sólo podía ser imputado al destino, a la naturaleza o a los dioses. Ahora, en cambio, la decisión que parte del ámbito

¹⁸ VALENZUELA, Humberto. Responsabilidad civil por accidentes de tránsito y seguro obligatorio, ARA Editores, Lima, 2007, p. 309.

¹⁹ ULRICH, Beck. *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Francfort del Meno, 1986. Traducido por: NAVARRO, Jorge, JIMÉNEZ, Daniel y María Rosa, BORRÁS. La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Paidós, Barcelona, 1998, p. 28.

industrial o técnico económico y la ponderación de beneficios hace que surja la cuestión de la imputación y la atribución de responsabilidad por las consecuencias indeseadas, tanto a las personas singulares, como a las empresas o las autoridades administrativas implicadas. Igualmente se ha señalado cómo ello hace que sea mayor la calculabilidad y la previsión de las inseguridades y de los riesgos generados y, consecuentemente, aumente la posibilidad de control y de compensación de los riesgos industriales (...)”²⁰ [sic].

La autora hace una importante diferenciación entre los riesgos que han existido en el mundo desde el inicio de los tiempos y aquellos que actualmente existen con motivo de la innovación del ser humano, teniendo estos segundos una inconmensurable entidad lesiva. Asimismo, la referida autora también menciona, la necesidad de elevar las previsiones en aquellos escenarios que implican una mayor entidad lesiva y resultados dañosos, a partir de la identificación de responsabilidades a personas determinadas y organizaciones empresariales.

Tomemos como referencia a una empresa farmacéutica que coloca un nuevo medicamento en el mercado. Respecto a esta actividad podemos identificar riesgos en distintas etapas de su organización empresarial, a saber:

- En la etapa de la composición de un medicamento, frente a la posibilidad que alguno de los insumos que lo componen generen efectos colaterales, tan o más dañinos que el mal que pretende tratar.
- En la etapa de fabricación masiva del mencionado medicamento, frente a la posibilidad de no conservación de los estándares de calidad necesarios, que podría desencadenar un daño masivo a la población que lo utiliza.
- En la etapa de obtención de licencias, frente a la posibilidad que integrantes de la organización empresarial realicen procedimientos al margen de la ley.
- En la etapa de conservación y distribución del producto, frente a la posibilidad que el distribuidor no guarde los estándares de cuidado necesarios para conservar adecuadamente el medicamento y su uso en condiciones inadecuadas termine siendo perjudicial.
- En la etapa de contratación con la administración pública, frente a la posibilidad que el medicamento ingrese a la red estatal de salud, mediando acuerdos

²⁰ MENDOZA BUERGO, Blanca. El Derecho penal en la sociedad del riesgo, 1ra edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 27-28.

ilegales entre los funcionarios y los miembros de la organización empresarial, para la adquisición masiva del producto.

- Otros tantos riesgos como lo permita el sistema de composición empresarial y la dinámica de intercambio comercial.

Sobre este aspecto Olenka Woolcott señala:

“Ante el problema de la responsabilidad del productor por el riesgo de desarrollo, verificaremos que los caminos recorridos por la jurisprudencia y la doctrina en el derecho comparado han sido diversos. Ciertamente, diversos los medios empleados pero un mismo resultado apetecible: el de afirmar, cada vez más, la tutela de las víctimas de daños resultantes del proceso de producción y distribución, atendándose a la magnitud del riesgo y el bien afectado. A este propósito cabe señalar (desde ya) que, precisamente la norma de exoneración de responsabilidad por riesgo de desarrollo ha dado lugar a las más prolifas reflexiones, en especial con respecto al ámbito de los productos farmacéuticos y de la transfusión sanguínea, y ha propiciado que la dación de una ley específica de tutela a las víctimas de este sector de la producción”²¹. [sic]

En base a lo sostenido por la autora y en la línea de nuestro ejemplo anterior podemos divisar una creciente legislación dirigida a proteger los derechos de los consumidores, que se erigen como potenciales víctimas. En ese sentido aseveramos que, la masificación de cualquier actividad empresarial genera grandes beneficios, pero también riesgos enormes que podrían materializarse sobre todo como consecuencia de que la inobservancia de la seguridad en los procedimientos pueda generar una pluralidad casi inimaginable de víctimas, que podrían incluso sobrepasar las fronteras del país donde se encuentra la empresa generadora del bien consumido.

Esta afirmación se puede aplicar a las distintas actividades empresariales, las más comunes y estudiadas son:

- Los riesgos derivados de las contrataciones estatales con particulares.
- Los riesgos de realizar operaciones financieras o mantener información sensible en plataformas informáticas.

²¹ WOOLCOTT, Olenka. Riesgo de Desarrollo y responsabilidad del productor, Fondo Editorial de la Universidad de Lima, Lima, 2010, p. 13.

- Los riesgos derivados de actividades que generan un impacto ambiental.
- Los riesgos derivados de la actividad minera.
- Los riesgos derivados de las actividades de hidrocarburos.
- Los riesgos por manipulación de productos nucleares.
- Los riesgos derivados de la fabricación de alimentos y bienes de uso masivo.
- Los riesgos derivados de actividades farmacéuticas.

Continuando con nuestro ejemplo, corresponde situarnos en el momento en que la ciudadanía usualmente evidencia el alcance de los efectos nocivos de estos riesgos, esto es, no en el momento anterior de su concretización sino con posterioridad: cuando el daño ya se ha producido. Así, se tiene que –en general – la sociedad reclama cuando ya se materializaron los daños y se mantiene ajena a los eventuales riesgos que generan los momentos previos a su comisión. Tal es así que, cuando ello ocurre, recién se conocen los reclamos de la ciudadanía en diferentes plataformas, ya sean comunicacionales, legales o sociales.

Por qué se produce esta diferencia de concientización entre el momento de la generación de los daños y su efectiva producción. La razón es muy sencilla: no existe una fórmula adecuada de identificación de riesgos. En situaciones ordinarias, el riesgo es identificado por la misma empresa que los crea mientras realiza una actividad económica, y esta tiene en sus manos la decisión sobre mantener el riesgo, de conformidad a los parámetros antes analizados (“hombre promedio”, “riesgo medio”), esperando que ningún riesgo llegue a concretarse; o tomar las medidas necesarias para anticiparse y evitar que estos se materialicen en un resultado dañoso.

En la línea de este segundo accionar, una experiencia interesante es la que resulta de los grandes avances respecto del control de riesgos y de la anticipación frente a cualquier daño que se pudiere causar; por ejemplo, aquel generado para el sistema de gobernabilidad de los territorios indígenas frente a la depredación de recursos naturales, la incursión de la industria pesquera, minera, de hidrocarburos y maderera²². En algunos casos se ha podido compatibilizar las buenas prácticas empresariales con sistemas de vigilancia de las propias comunidades que se encuentran en la zona y resultan conscientes de los eventuales daños que podrían ocurrir, así como el tratamiento

²² RODRIGUEZ, Vanessa, CASTRO Edgardo y Luis COLLADO Gobernanza colaborativa en la pesca: modelo participativo para gestión pesquera en la Amazonía Peruana, Instituto del Bien Común, Lima, 2018 p. 13

necesario para lograr el equilibrio entre la actividad económica y la conservación del medio ambiente. Sobre este punto, Martin Von Hildebrand sostiene:

“Hoy en 2012 se sabe que la Amazonía sufrió daños irreparables y sigue deteriorándose en forma acelerada, hasta el punto que algunos científicos han llegado a sostener que ya no es posible pensar en desarrollo sostenible, sino en implementar estrategias de adaptación y detener su deforestación y la consecuente degradación de la selva. Tal vez con una mayor participación política y técnica de los pueblos indígenas con su conocimiento ancestral sea posible que las predicciones más pesimistas puedan ser superadas”²³. [sic]

Es decir que, en el proceso de identificación de actividades riesgosas y en el control de los mismos, son los protagonistas de la actividad diaria los que pueden aportar con mayor precisión. Dicho de otra forma, en la mayoría de casos solamente los principales actores podrán identificar el “riesgo” que se deriva de una actividad en particular. El Estado suele dar lineamientos generales (tributarios, laborales, ambientales o sanitarios), pero ordinariamente ingresa al detalle de la operatividad de una empresa en una etapa posterior, normalmente para investigar y reprimir el riesgo ya materializado en un daño específico. Ello, por presentar limitaciones tanto de conocimientos especiales referidos a la investigación y determinación de las actividades riesgosas de los diferentes escenarios empresariales – sobre todo en ámbitos especializados – así como por la limitada posibilidad de intervención que este ostenta, entendida la misma como supervisión de estándares de cuidado en actividades empresariales lícitas.

Las buenas prácticas, entendidas como el mecanismo para evidenciar los mejores esfuerzos por parte de la organización, se erigen entonces como un referente objetivo para evitar cualquier riesgo que pudiera surgir a consecuencia de una determinada actividad empresarial predecible.

1.2. La identificación de riesgos penales en actividades empresariales: el paso inicial para la autorregulación de hecho y de derecho

²³ VON HILDEBRAND, Martin y Vincent, BRACKELAIRE. Guardianes de la Selva, Editorial Fundación Gaia, Bogotá, 2012, p. 27.

De conformidad con lo anteriormente analizado, podemos afirmar que en ámbitos organizacionales claramente definidos, la identificación de riesgos es una tarea imprescindible de la propia organización empresarial, sea que estemos ante una actividad comercial simple o que esta requiera de un importante componente tecnológico. Ello, debido a que la identificación de riesgos es el paso previo y necesario para el tratamiento de una debida diligencia destinada a evitar la materialización de eventos que pueden desencadenar perjuicios para la ciudadanía.

Sin perjuicio de lo antes indicado, ciertamente existen actividades que generan un mayor nivel de riesgo para la colectividad respecto de otras que resultan ordinariamente inocuas. Por ejemplo, se tiene el riesgo derivado de la manipulación de sustancias tóxicas para la elaboración de insumos necesarios para la fabricación de medicamentos, las actividades vinculadas a la manipulación genética, el manejo en masa de alimentos perecibles o incluso el manejo corporativo de grandes sumas de dinero en donde la base de la actividad es la confianza de las entidades. En todas estas actividades existen márgenes de riesgo adicionales a los que representaría la actividad de un sujeto medio en la vida diaria.

Ante ello, el Estado en su calidad de garante de la salud de la población se dirige a estas actividades en búsqueda de regularlas a través de la postulación de algunos controles ex ante y/o ex post al inicio de la actividad económica. Al respecto, Adán Nieto describe el auge de esta regulación en Estados Unidos en la década de los sesenta y setenta, como contraposición a las prácticas corruptas existentes en la economía:

“(...) En EEUU en las decadas de los 60 y 70 se vive una etapa regeracionista de la vida económica y política, hija del espíritu de protesta contra la guerra de Vietnam y la lucha por los derechos civiles. En lo que nos afecta, el detonnate del proceso de cambio fue el asunto Watergate y la constatación de que la mayoría de las grandes empresas norteamericanas tenían que gastar sumas muy considerables de dólares en pagar sobornos. En este contexto es que en 1977 nace la Foreign Corrupt Practices Act que es el germen de la política criminal moderna contra la corrupción: es decir, de la exigencia al sector privado de que se implique y responsabilice en la lucha contra la corrupción (...)”²⁴

²⁴ NIETO, Adán. La privatización de la lucha contra la corrupción, en: ARROYO ZAPATERO, Luis (Coord.), El Derecho Penal Económico en la era del compliance. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, p. 194.

Esta corriente seguida por el Estado de sancionar prácticas corruptas o las inobservancias de los privados en la debida diligencia de sus actividades económicas, se sigue en la actualidad. Al punto de referirse a la “autorregulación” para concebir la capacidad de las propias empresas de autoimponerse regímenes para su correcto funcionamiento, en atención al margen de riesgo que asumen en la actividad específica que desempeñan. Al respecto, Carlos Gomez -Jara Diez señala que:

“(…) en líneas generales se puede afirmar que los fundamentos se han ido alejando de actuaciones concretas de personas físicas y la consiguiente conexión entre persona física y jurídica sobre la base de la representación se han ido aproximando a defectos organizativos de la propia persona jurídica otorgando cada vez mayor importancia a la cultura (…) el conjunto de la regulación se centra en mayor medida en determinados principios propios de la fundamentación moderna tales como la autorregulación, el cumplimiento normativo (*compliance*) y la ciudadanía corporativa”²⁵. [sic]

El mencionado autor nos señala que es justamente la capacidad de autorregulación identificada para la propia empresa, lo que lleva a que se cambie de perspectiva de responsabilidades, dejando a un lado así a la representación como principal sustento de la misma y pasando a los criterios organizativos y corporativos adjudicados a la propia entidad privada como un todo distinto a sus integrantes.

Para nosotros, la autorregulación es un principio fundamental que permite determinar al “buen ciudadano corporativo”, toda vez que en las manos de la propia organización se encuentra el primer tamiz de regulación de sus actividades, bajo reglas de diligencia debida en todos los extremos de su conducta.

Dicho todo esto, es necesario pronunciarse acerca de cómo se identifican los riesgos que la actividad específica conlleva, es decir el quién, cómo, cuándo y dónde se plasman los riesgos derivados de determinada actividad. Problema aparte resulta la identificación real (no formal o aparente) de tales riesgos²⁶, siendo este segundo punto un aspecto que no es materia de la presente investigación.

²⁵ GÓMEZ-JARA DIEZ, Carlos, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Bernardo, FEIJOO SÁNCHEZ. “Tratado de Responsabilidad de las Personas Jurídicas”, Civitas, Navarra, p.91 y ss.

²⁶ Nos referimos a la identificación real de riesgos en donde la propia empresa consigne en documento idóneo y al que tenga acceso el Estado de los riesgos en actividades específicas; todo ello con el fin de que la autorregulación no sea sólo aparente.

Volviendo hacia la identificación de riesgos, en base a la *lex artis* a la que se adscriben los responsables de estas labores en la entidad y a las innovaciones tecnológicas que permiten mejorar dichas funciones, tenemos que esta tarea establece los puntos más sensibles del proceso productivo a fin de tomar medidas para que dichos riesgos no se materialicen. Es así que, en caso no se tomen dichas medidas y el riesgo se convirtiese en un daño efectivo, podemos afirmar la existencia de responsabilidades en la entidad bajo el sustento de un defecto de organización, incluso de aquellas de carácter penal²⁷.

Respecto al equilibrio sobre regulación entre el Estado y la empresa, Juan Pablo Montiel señala que:

“(…) estudios avalan que junto a los motivos que llevan a incurrir en actividades ilícitas y a las oportunidades que favorecen este tipo de conductas, también el escaso o deficiente control puede favorecer la comisión de delitos empresariales. En este sentido tanto el control estatal como el control interno de la empresa resultan imprescindibles. Por un lado, debido al presupuesto y a sus estructuras burocráticas raramente el control externo resulta suficiente para erradicar la ilegalidad corporativa. Por el otro, la aplicación eficiente de programas empresariales de prevención de delitos requiere del elemento coactivo que sólo detenta legítimamente el Estado (...)”²⁸.

Es así que, frente a la autorregulación intuitiva y opcional, propia de los talleres artesanales y de los comercios pequeños del siglo pasado, se erige la obligación normativa de autorregulación de la actividad empresarial, con la implementación de reglamentos, protocolos de atención e implementación de procedimientos para la producción en masa. Esta nueva autorregulación amparada en una base normativa, puede ser diseñada por aquellos que tienen el *expertis* empírico pero también por personal especializado en la identificación de riesgos, en todas las etapas del procedimiento seguido en la actividad productiva de la empresa. Sobre este extremo, Jesús María Silva Sánchez afirma que:

²⁷ Miguel Ontiveros analiza detalladamente los riesgos organizacionales, tipos de riesgo y las consecuencias de la realización de un riesgo. Véase: ONTIVEROS, Miguel. Manual Básico para la elaboración de un criminal *compliance*, Tirant Lo Blanch, Mexico, 2018, p. 25 y ss.

²⁸ MONTIEL, Juan Pablo. “Autolimpieza empresarial”, en: ROJAS VARGAS, Fidel (Dir.). “*Compliance* aplicado al Derecho penal”, Ideas, Lima, 2019, p. 52.

“La relación entre vigilancia y compliance se manifiesta ya desde el origen de la propia cultura del cumplimiento normativo. Dicha cultura, en efecto, no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia en sentido amplio) propias del Estado. Las empresas por su parte han ido asumiendo dicha delegación mediante la adopción de medidas de autorregulación (regulada) que de modo genérico calificamos de programas de cumplimiento. Compliance significa, así, en buena medida, autovigilancia”.

Como se puede apreciar, el primer gran filtro de una cultura empresarial adecuada a los fines sociales contemporáneos se compone de la autovigilancia, entendida como la implementación de medidas de control y de prevención establecidas por la propia empresa en el desarrollo de su actividad, y de la instauración de una serie de reglas de cuidado y de debida diligencia a fin de no afectar intereses propios o de terceros.

El trabajo de identificación de riesgos y, consecuentemente, el desarrollo de una debida diligencia para la implementación de medidas dirigidas a que estos riesgos no se materialicen, se extienden a todos los niveles de la organización como son los sectores productivo, contrataciones públicas y privadas, recursos humanos, proveedores y clientes, y una serie de supuestos tan diversos como actividades existen.

En las líneas que siguen tratamos los diversos deberes que atañen a la organización empresarial como componentes de una debida diligencia empresarial y que permiten afirmar que nos encontramos ante la presencia de un buen ciudadano corporativo.

1.3. Elementos que conforman la debida diligencia en la persona jurídica para prevenir riesgos penales

Como hemos tenido ocasión de desarrollar en el apartado anterior, la debida diligencia empresarial se fundamenta en el cuidado que se le debe exigir a una persona razonablemente responsable en el desarrollo de una determinada actividad. Siendo ello así, la debida diligencia es el resultado del análisis de los riesgos derivados de una determinada actividad y del cuidado que debe tener una persona (natural o jurídica) para que estos riesgos no se materialicen en un evento contrario a las normas que conducen una determinada sociedad.

En ese orden de ideas, la debida diligencia se compone de la observancia de tres deberes que se presentan en distintos momentos dentro de la actividad empresarial: deberes de prevención, deberes de control y deberes de supervisión. A continuación, tratamos con mayor detalle cada uno de estos deberes y su importancia en el otorgamiento de responsabilidades referidas a la debida diligencia en la identificación de riesgos al interior de una empresa.

Así, por ejemplo, para efectos penales, la acreditación del incumplimiento de alguno de estos deberes puede ser atribuido directamente a las empresas (personas jurídicas), en el sentido de comprenderlos como una manifestación de la autorregulación empresarial y ya no como la actuación individual de sus gerentes o representantes. Al respecto, Ricardo Abia Gonzales señala lo siguiente respecto a la normativa española:

“(...) por lo que respecta a la STC 221/2016 (...) la misma hace hincapié en que la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se producirá por la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física, sino que la persona jurídica sólo responderá cuando se hayan incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control. Del mismo modo pone su atención en recalcar el derecho a la presunción de inocencia del que gozan todas las personas jurídicas (...)”²⁹

En las líneas siguientes ampliamos los contenidos de estos deberes y buscamos encausar su formulación hacia un símil de responsabilidad en base a la autorregulación empresarial.

1.3.1. Deberes de identificación de actividades riesgosas en el ámbito penal

Al igual que toda actividad, las de carácter empresarial generan riesgos, algunos immanentes a la propia actividad y otros como derivación del procedimiento utilizado. Ahora bien, las personas más idóneas para identificar esos riesgos son quienes se dedican día a día a la actividad empresarial específica e independientemente de los cuidados que diversas normas administrativas les pueden imponer. Es así que, existen

²⁹ ABIA GONZALES, Ricardo. Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento-compliance management system, Navarra, Editorial Aranzadi, 2017, p. 23.

procesos de producción, de comercialización, de contratación o procedimientos instaurados que generan riesgos que solo pueden ser identificados por aquellos que se dedican intensamente a una práctica en concreto.

Sin embargo, las situaciones estándar en las que se coloca el Estado en determinadas actividades empresariales para proceder a la regulación de exigencias administrativas, distan mucho de identificar riesgos reales en casos específicos. Es por ello que, en actividades especializadas, el Estado requiere de la colaboración de cada empresa para que atienda al modo en que funciona su estructura organizativa. Al respecto, Percy García señala que:

“(…) Lo primero que precisa la formulación de un programa de cumplimiento es identificar, de entre los posibles riesgos de infracción legal, aquellos que se derivan usualmente de la actividad empresarial, concretamente realizada (risk assessment). El segundo paso de la primera columna es definir la manera en que se debe actuar frente a los riesgos identificados. A esta labor se le suele calificar de administración o gestión del riesgo (risk management). De lo que se trata aquí es de reducir el riesgo empresarial a lo jurídicamente tolerable, y, en caso ello no sea posible, establecer procedimientos para poder gestionar adecuadamente sus efectos lesivos (…)”³⁰.

Dentro del paradigma de la autorregulación es necesario que tengamos como directriz un estándar mínimo para legitimar el sistema. Siendo ello así, el mejor identificador de riesgos es quien desempeña una actividad específica, el más adecuado para saber lo que se debe y lo que no se debe hacer es precisamente quien tiene la experticia de la actividad. En ese orden de ideas, los Estados muchas veces no se encuentran en capacidad de regular al detalle cada actividad y menos aún en actividades altamente especializadas, por lo que su rol de regulación en gran medida se limita a brindar directrices generales, debiendo apoyarse en la labor que las propias organizaciones empresariales desarrollan, dentro de parámetros de un ente responsable.

1.3.2. Deberes de control de riesgos penales

³⁰ GARCIA, Percy. “La identificación de riesgos de infracción penal en el marco de la formulación de un programa de cumplimiento normativo”, en: ROJAS VARGAS, Fidel (Comp.) Ob cit. p. 86.

Habiéndose identificado los escenarios riesgosos en actividades empresariales, resulta necesario tomar las medidas adecuadas a fin de reducir, en la medida de lo posible, que el riesgo se materialice. Como puede apreciarse, estamos todavía en el estadio de la elaboración de mecanismos positivos de reconocimiento y anticipación de supuestos que superen el riesgo permitido.

Es importante delimitar que nos referimos a deberes de control en un momento posterior a la identificación de los riesgos derivados de una actividad especializada, es decir, el deber de identificación trata de posibles riesgos intrínsecos o derivados de la actividad que se desarrolla, mientras que el deber de control supone la adopción de medidas para evitar, en la medida de lo posible, que dichos riesgos se conviertan en daños efectivos.

El trabajo sesudo para la identificación de riesgos pierde sentido si no viene aparejado de la implantación de una serie de mecanismos para que tales riesgos no se materialicen y además de una constante revisión de dichos mecanismos, este proceso de tres pasos hace funcional y a la vez real un programa de prevención, también denominado *compliance*.

En ese orden de ideas, el mejor trabajo de identificación de riesgos será letra muerta si en la práctica no se toman previsiones, se establecen protocolos y se supervisan procedimientos de manera permanente. En esta línea, para José Palma Herrera, los deberes de control entendidos en un sentido amplio abarcan³¹ a:

- Las actividades en cuyo ámbito puedan cometerse los delitos que deban ser prevenidos a partir del mapa de riesgos trazado.
- Los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica.
- Los modelos de gestión de los recursos financieros establecidos con el fin de que los mismos no se utilicen para la comisión de delitos que deben ser prevenidos.
- Los mecanismos establecidos para informar al órgano supervisor de posibles riesgos e incumplimientos.

³¹ PALMA HERRERA, José. *Compliance y Responsabilidad Penal Corporativa*. Navarra, Aranzadi, 2017, p. 48.

- El régimen disciplinario que se hubiere establecido para sancionar el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo de organización y gestión.
- La verificación y modificación periódica del modelo.

El punto culminante de los deberes de control es la expedición del sistema de *compliance* corporativo y los mecanismos de asistencia, de mitigación de riesgos y la asignación de las personas competentes para llevar a cabo el cumplimiento de dicha labor. En este último extremo, el nombramiento de tales personas debe tener reglas claras para que no exista relación de subordinación directa o agazapada del encargado de cumplir la normatividad interna, con los órganos de dirección de la estructura empresarial.

1.3.3. Deberes de supervisión de riesgos penales e identificación de obligados

El correcto funcionamiento de un programa de *compliance*- no supone únicamente el reconocimiento o la instauración de reglas colocadas en algún instrumento interno de la empresa, o solamente registrar tales reglas frente a alguna entidad supervisora del Estado. La diligencia debida va más allá, exige la permanente revisión de los protocolos de seguridad, la búsqueda constante por mejorar los mismos y la revisión periódica del cumplimiento de los controles establecidos.

Otro punto importante es determinar a qué persona, dentro o fuera de la organización le corresponde asumir los deberes de supervisión, si el incumplimiento de estos deberes acarrea o no una consecuencia legal y cuál sería esta. Finalmente, atendiendo a las preguntas antes planteadas, importa asumir posición respecto a si la atribución de responsabilidad de la persona sobre la que recae el deber de supervisión, puede lograr eximir o reducir la responsabilidad de las cabezas funcionales de la estructura empresarial.

Ahora bien, cuando hablamos de deberes de supervisión de la persona jurídica nos referimos a dos formas de supervisión: interna y externa. La supervisión interna debe ser ejecutada por los distintos estamentos de la propia empresa, nos referimos a los procedimientos internos de supervigilancia, mecanismos de auditoría y sobre todo la

labor del oficial de cumplimiento (*compliance officer*)³² . Por su parte, la supervisión externa debe ser ejecutada por el Estado a través de supervisores delegados, que se organizan en entidades especializadas u organismos reguladores.

Lograr esta doble vertiente en la configuración de los deberes de supervisión desde y para la persona jurídica ha sido el resultado de diversas experiencias en el mundo. Sin embargo, la experiencia que más ha influido en esta determinación de reglas ha sido la norteamericana, después de una serie de casos y escándalos que llevaron a un reforzamiento de la supervisión estatal sobre la toma de decisiones de las actividades empresariales. Sobre este aspecto, Jordi Gimeno reseña que:

“(…) Tras el escándalo producido por el caso “*Enron y Worldcom*”, el Congreso de EEUU respondió mediante la promulgación de la Ley Sarbanes - Oxley (Sarbanes Oxley Act, firmada en el 2002 por el Presidente George Bush. Dicha ley, entre otros avances, supuso la prohibición de préstamos personales a directores y ejecutivos, otorgaba una mayor protección a los empleados en caso de fraude empresarial, endureció la responsabilidad penal y civil de las empresas, creó una comisión especial encargada de supervisar las auditorías de las compañías que cotizan en bolsa (*Public Company Accounting Oversight Board*) y en lo que aquí interesa potenció el sistema de compliance, al exigir a las personas jurídicas códigos de conducta y procedimientos de control internos. En cumplimiento de la Ley SOX, la Federal Sentencing Commission aprobó el 1 de noviembre del 2004 la actualización de las sentencing guidelines. La nueva versión introdujo responsabilidades para la junta directiva, nuevos requisitos para los programas de formación de los empleados (training), y consideró de capital importancia evaluar periódicamente los riesgos de la empresa, así como inculcar a sus miembros una - cultura ética corporativa.”³³.

El citado autor hace alusión al devenir histórico que desencadena y explica la obligatoriedad de una doble supervisión al interior de la empresa. No obstante ello, creemos que existe un enorme vacío sobre la consecuencia legal derivada de la inexistencia de una supervisión estatal respecto de las labores riesgosas que son realizadas por las empresas de forma periódica o rutinaria.

³² MONTANER FERNANDEZ, Raquel. *El compliance officer ¿un profesional en riesgo?* España, Profit Editorial, 2018.p. 12 y ss

³³ GIMENO, Jordi. *Compliance y Proceso Penal. El Proceso Penal de las Personas Jurídicas*, Civitas/Thomson Reuters/Aranzadi, España 2016, p. 252.

Siguiendo este esquema y atendiendo a la necesidad de mayor supervisión, graficamos un caso muy interesante en el Perú que se dio a fines del año 2019, el cual recibió el nombre de “explosión de tanque por deflagración”. Este hecho sucedió en una zona urbana de la capital, cuando un camión que transportaba gas licuado de petróleo (GLP) tuvo un accidente en la vía pública, mismo que ocasionó la fuga del gas transportado en la cisterna y, unos minutos más tarde, se produjera una explosión por deflagración en la que murieron una treintena de personas. Luego de las pericias del caso, se determinó que la estructura en la que se transportaba el combustible tenía 30 años de uso y no se había adecuado a las modificaciones actualmente exigidas por la norma técnica correspondiente. Además, se evidenció que el chofer no contaba con capacitaciones en accidentes y la empresa dueña del vehículo (registrada y habilitada para operar) no proporcionó implementos a su trabajador, ni le hizo conocer los procedimientos de atención frente a situaciones similares. Aunado a este lamentable suceso, se logró identificar que el organismo supervisor estatal estaría inmerso en una absoluta inactividad de supervisión, pese a que se trataría de una actividad riesgosa como es el transporte de GLP en zonas habitadas ³⁴.

Como se puede apreciar de esta noticia, la falta de una adecuada supervisión estatal sobre la revisión periódica de las actividades empresariales de una persona jurídica, que se dedica *per se* a la distribución de una sustancia altamente nociva y peligrosa para la sociedad, derivó en un lamentable accidente que efectivamente cobró la vida de las personas. Además, este hecho no solo trae consigo una relevancia significativa para la materia de la presente tesis, sino que también permite referirnos a responsabilidades penales al interior de la entidad estatal, independientemente de las atribuibles de la dueña y operarios de la empresa³⁵.

³⁴ BAMBAREN Renzo. Villa El Salvador: camión de GLP que explotó obtuvo su permiso ante OSINERGMIN hace cuatro meses, publicación de la sección económica del Diario Gestión del 6 de setiembre del 2020, véase en <https://gestion.pe/economia/villa-el-salvador-camion-del-glp-que-exploto-renovo-su-permiso-ante-osinergmin-hace-cuatro-meses-noticia/> última revisión el 19 de enero 2022 a las 13:02

³⁵ Problemas adicionales genera además determinar qué clase de responsabilidades penales tendrían los funcionarios de la entidad que no realizaron su labor de supervisión; sería una mera omisión de funciones o se podría imputar responsabilidades por delito contra la vida y/o contra el patrimonio; sin embargo lamentablemente la responsabilidad de los funcionarios públicos no forma parte del presente trabajo, por lo que sólo haremos una referencia al respecto.

1.4. Diligente identificación de riesgos en un modelo de prevención como exigente de responsabilidad de la persona jurídica conforme a la Ley 30424

Esta falta de previsión en la supervisión interna y externa de las empresas ha llevado a una serie de cambios normativos que buscan atender la necesidad de implementar obligaciones en el manejo de los riesgos penales que puedan surgir como consecuencia de las actividades empresariales. En concordancia con ello, el Perú – siguiendo la tendencia iniciada hace más de 5 años en Europa continental – ha regulado con mayor precisión consecuencias legales para las personas jurídicas por los delitos cometidos en el seno de su organización.

A modo de resumen, la regulación peruana prevé como susceptibles de alguna medida penal tanto las conductas delictivas realizadas para mejorar la posición de la empresa en el mercado, cuanto aquellas ejecutadas por parte de uno de los integrantes de la entidad para aprovecharse de la actividad lícita desarrollada por esta.

Como manifestación de este esfuerzo regulatorio, el 21 de abril del 2016 se publica en el Perú la Ley 30424 que lleva como título “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, en el que se regulan las consecuencias derivadas de la comisión del delito establecido en el artículo 397-A del Código Penal.

Para efectos de la presente investigación, resulta importante resaltar que con la promulgación de la ley 30424 se va a introducir la figura de los “modelos de prevención de delitos” para las personas jurídicas, también denominados en este trabajo como *criminal compliance*. Es así que, sin perjuicio de la íntegra utilidad que tiene la acotada ley, en las siguientes líneas mencionamos a aquellas normas promulgadas con posterioridad y que permiten ahondar en la importancia práctica de los acotados modelos, tanto por su ámbito de aplicación como por sus consecuencias³⁶:

- Decreto Legislativo 1352, promulgado el 7 de enero del 2017, que amplía la gama de los delitos en los que se aplica la responsabilidad penal de las personas

³⁶ Sobre las normas que se han expedido en el Perú véase a: HANCCO LLOCLLE, Ronal. El Delito de Lavado de Activos y Criminal Compliance, Lima, Editorial Jurista, 2019, p. 580 y ss.

jurídicas y refuerza la relevancia y ámbito de aplicación de la implementación de un modelo de prevención.

- Ley 30737, del 9 de marzo del 2018, promulgada para asegurar pagos de reparación civil en casos de corrupción y prevé que las empresas vinculadas de manera directa o mediata a delitos contra la administración pública, lavado de activos o conexos, implementen modelos de prevención penal (*criminal compliance*).
- Ley 30835, del 2 de agosto del 2018, que decide incluir la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la relevancia de la implementación de un modelo de prevención (*compliance*) frente a casos de colusión y tráfico de influencias.
- Decreto Supremo 002-2019-JUS, Reglamento de la Ley 30424, que regula detalladamente la implementación de los modelos de prevención.

Es así que, de conformidad con una lectura conjunta de la Ley 30424 y sus modificatorias, se tiene que un modelo de prevención de delitos es un documento interno de la empresa destinado a mitigar los riesgos penales de las actuaciones empresariales de una persona jurídica. Según lo establecido en el artículo 17 de la acotada norma, el modelo de prevención de delitos debe contar con los siguientes elementos mínimos: a) Una persona designada por la propia organización para actuar como “encargado de prevención”, quien deberá tener garantizada su actuación de forma autónoma en la entidad; b) La identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de delitos previstos de ser atribuibles a las personas jurídicas; c) Procedimientos de denuncia ante la verificación de comportamientos riesgos en el sentido antes identificado; d) Mecanismos para asegurar la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención; y, e) Mecanismos de evaluación y monitoreo continuo del acotado modelo. La norma en cuestión también establece que algunos de estos requisitos podrán suprimirse en el caso de micro, pequeña y mediana empresa.

La consecuencia jurídica más relevante de la implementación de un modelo de prevención en una persona jurídica es la exención de su responsabilidad por la comisión de delitos señalados por la legislación peruana, siempre que se verifique que la entidad legal adoptó e implementó el mismo en su organización con anterioridad a la comisión del delito. Aunado a ello, y para efectos de la presente investigación, corresponde resaltar que el artículo 17.1 de la norma acota que la implementación del modelo de prevención debe ser acorde a la naturaleza, riesgos, necesidad y características de la persona jurídica, las cuales – acota la norma – deben llevar al diseño y ejecución de

medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los riesgos penales o reducir significativamente el riesgo de su comisión.

Uno de los tópicos sobre los que más se ha trabajado en la doctrina penal de los últimos años a propósito de la incorporación de los modelos de prevención de delitos en la legislación peruana, es el problema derivado de la imputación del delito a las organizaciones empresariales, así como la propia responsabilidad penal o administrativa de la persona jurídica derivada la comisión de delitos.

Actualmente existe un debate entre la necesidad de replantear la teoría del delito, con la finalidad de sostener un sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica bajo una regla de autonomía respecto de la responsabilidad penal de la persona natural; y, la propuesta de que la atribución de responsabilidad sea bajo un esquema vicarial, con lo que la regla de imputación penal dirigida a las personas jurídicas quedaría subordinada a la determinación de la responsabilidad individual.³⁷

A este respecto, Renzo Espinoza sostiene que:

“La ley asume el modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia (...) Para este modelo de responsabilidad se requiere la verificación de un defecto de organización en la persona jurídica, y la existencia de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad. De ello se desprende la necesidad de demostrar en un proceso penal que la conducta delictiva de su representante o colaborador se produjo debido a este defecto organizativo, lo cual constituye el hecho propio de la persona jurídica ”.³⁸

Disentimos de la postura expuesta por el autor mencionado, creemos que la ley peruana se decanta por señalar la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica, respecto de la responsabilidad penal de la persona natural, ello conforme a la regla expuesta en el artículo 4 de la Ley 30424. Dicha independencia y responsabilidad corporativa se mantiene incluso frente a los supuestos en los que opere alguna causa

³⁷ Sobre la autonomía de la responsabilidad de la persona jurídica y el sistema de responsabilidad vicarial, con mayores detalles: GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. *Compliance* y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, Editorial Instituto Pacífico, Lima 2018, p. 43

³⁸ ESPINOZA BONIFAZ, Renzo. Enfoque multidisciplinario del *criminal compliance*, AC Ediciones, Lima, 2020, p. 39

de extinción de la responsabilidad individual y supera aquellos casos en los que no se pueda identificar al responsable individual.

En las líneas que siguen trataremos acerca de los primeros dispositivos legales en el Perú que regulan los modelos de prevención, señalaremos las actividades empresariales en las que estos se han aplicado, bajo el criterio de las “buenas prácticas corporativas”, y ahondaremos en cómo esta tendencia se ha asentado hasta la actualidad.

Terminaremos este apartado haciendo una reflexión acerca de la ubicación que tienen los conocimientos especiales en la elaboración de un modelo de prevención en actividades empresariales altamente especializadas, particularmente, en lo concerniente a la identificación de riesgos y cómo no realizar adecuadamente la misma puede derivar en la configuración de responsabilidad penal para las empresas.

1.4.1. Los modelos de prevención en el Perú y su progresiva evolución en el desarrollo de actividades empresariales

En el Perú, nuestros legisladores impulsaron la implementación de modelos de prevención³⁹ como consecuencia de la posición que tuvimos en el año 2014 ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y los impulsos tomados a partir de entonces para ser miembro pleno de dicha entidad. Sobre este aspecto Carmen Fernandez y Rafael Chanjan señalan que:

“(…) A principios del año 2014, cuando el Perú adquirió el status de participante en el grupo de trabajo sobre cohecho en transacciones comerciales internacionales de la OCDE, en reconocimiento a los avances en la adecuación del marco penal a los estándares internacionales (Presidencia del Consejo de

³⁹ Ese el nombre que le da la legislación peruana, conforme podemos ver en el artículo 17º.1 de la Ley 30424; para fines prácticos trataremos indistintamente, los términos, *compliance*, *compliance program*, modelo de prevención y programa de cumplimiento normativo, este último término es utilizado por la Ley 30737.

Ministros, 2014), la necesidad de adoptar un modelo de responsabilidad penal de personas jurídicas en el Perú se hizo más imperiosa (...)⁴⁰.

Creemos importante sostener como primera afirmación, que los miembros encargados de tomar decisiones vinculadas a la conducción del negocio al interior de una estructura empresarial son los obligados de identificar, prevenir y controlar los riesgos derivados de su actividad. Para hacerlo, en atención al rol que desempeñan en la organización se les ha impuesto el deber de realizar dicha tarea, esto es, para “autorregularse”, para cumplir con este deber ellos deben elegir de una gama de posibilidades que fluctuarán entre los estándares máximos y mínimos de cuidado para evitar que los riesgos identificados puedan derivar en la ejecución de daños concretos, y actuar preventivamente en función a ello. En este sentido, Percy Garcia afirma lo siguiente:

“(...) no hay duda de que en la actualidad dicho sistema -en referencia al criminal compliance - constituye una de las mejores maneras de evitar que la actividad empresarial conlleve la realización de hechos penales relevantes y, si estos igualmente se producen, para detectarlos y conseguir que no vuelvan a ocurrir. Es evidente que la empresa se encuentra en mejor posición que el Estado para controlar y supervisar que el comportamiento de sus miembros individuales se ajuste a la normativa penal”⁴¹.

Una segunda afirmación necesaria desde nuestra posición, es que un programa de prevención no debe homologar únicamente los riesgos que pueden derivar en consecuencias penales, también denominado *criminal compliance*. Es necesario incluir en un modelo de prevención los riesgos de toda clase, como las de tipo laboral, comercial, administrativa, tributaria, de libre competencia, etc. Siendo la materia penal solo un extremo del modelo de prevención global de la empresa. En ese sentido, de acuerdo a la actividad desarrollada por la empresa, el programa de prevención o compliance podría incluir los siguientes aspectos: *trade compliance* para autorregular actividad vinculada a comercio exterior, *tax compliance* para temas tributarios, *energy compliance* para asuntos energéticos y, a su vez, *criminal compliance* para autorregular extremos penales.

⁴⁰ FERNANDEZ, Carmen y Rafael, CHANJAN. La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. En Revista Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú número 77, año 2016, p. 354.

⁴¹ GARCÍA, Percy. “La identificación de riesgos de infracción penal en el marco de la formulación de un programa de cumplimiento normativo”, en: ROJAS, Fidel (Comp.) Ob. Cit. p. 83.

Ahora bien, esta diferenciación de componentes de prevención no se encuentra recogida en la normativa penal anteriormente revisada. Por el contrario, la Ley 30424 contiene referencias genéricas para estructurar y elaborar un programa de cumplimiento, los extremos que debe abarcar y los compromisos que se asumen con su aceptación, cediendo de esta manera un margen de libertad amplio a las empresas en la autorregulación de sus actividades y, con ello, en la concreción de los aspectos que serán considerados como manifestación de su debida diligencia.

1.4.2. Los conocimientos especiales como herramientas para la identificación y construcción de una matriz de riesgos en las empresas

Atendiendo a la regulación normativa anteriormente comentada, pasamos a enfocarnos en un momento que resulta sumamente importante para comprender la correcta ejecución de la debida diligencia: la identificación de actividades riesgosas en la matriz de riesgos, también llamado “mapa de riesgos” de una empresa.

Como se aprecia en la siguiente cita, el mapa de riesgos consiste en aquella actividad que permite sincerar todas las actividades empresariales, a efectos de identificarlas, conocer su vinculación y, sobre todo, las áreas encargadas de su control. Al respecto, Jose Palma señala:

“La identificación de las actividades en cuyo ámbito pueden ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos es lo que se conoce como trazar el mapa de riesgos; esto es, determinar a la luz del objeto social, del ámbito espacial en el que se desarrolle la actividad del ente, de cómo se desarrolle esa actividad, del tipo de trabajadores con que cuente, de las empresas o particulares con los que entable relaciones de negocio, etc; qué delitos de entre aquellos para los que el legislador ha previsto exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas podrían cometerse en el seno de la misma, y en el marco de qué actividades concretas (...) Trazar este mapa de riesgos constituye un punto de partida de cualquier

compliance, tratándose de una labor que encierra una notable complejidad técnica y que precisa de importantes conocimientos jurídico penales”.⁴²

Coincidimos en que trazar el mapa de riesgos de una empresa permite conocer la dinámica de cada una de sus operaciones y de cada eslabón en la operatividad de la organización, el desempeño de los recursos humanos y tecnológicos, así como los riesgos inmanentes al desempeño del rol de cada segmento e integrante de la entidad. Ello constituye una tarea fundamental, pues desde ese punto podremos divisar con claridad cuáles son los posibles daños a terceros, a la sociedad o al Estado y los eventuales delitos que se podrían cometer en el seno de la organización empresarial, a fin de tomar medidas idóneas para evitar condiciones propicias que incentiven o faciliten tales conductas.

En consideración a las formulaciones conceptuales antes acotadas, a continuación mencionamos tres casos a efectos de evidenciar la importancia del deber de identificación de riesgos, como paso previo y necesario a la ejecución de actos de debida diligencia empresarial:

- Primer caso. Una empresa transportista de gas natural vehicular (GNV) o gas licuado de petróleo (GLP), luego de años realizando esta labor se percata que en condiciones extremas (altas temperaturas o zonas geográficas muy elevadas), el producto a transportar sufre cambios de mayor presión o tendencia a expandirse, y debe tomar distintas medidas de precaución. Sin embargo, la norma genérica dada por el Estado no le exige hacerlo, por tanto no se sienten obligados a implementarlas, hasta que en determinado momento una de sus unidades sufre una explosión que se hubiese podido evitar de haber tomado las previsiones que ellos identificaron como necesarias en su momento, en razón a los cambios sufridos por las condiciones extremas, pero que la normativa estatal no exige basada, probablemente, en un estándar ordinario de condiciones en la operatividad de las empresas del rubro.
- Segundo caso. Una empresa minera aurífera, luego de años desempeñando su labor de extracción a una altitud casi inaccesible para un sujeto común, ha

⁴² PALMA HERRERA, José. Presupuestos jurídico penales de la responsabilidad penal de los entes corporativos y del sistema de *compliances*. En: Palma Herrera José y Gordillo Aguilera Rafael (comp.). *Compliances y Responsabilidad Penal Corporativa*, Pamplona, Aranzadi, 2017, p. 52.

determinado que el transporte de pasajeros y explosivos por la zona debiera realizarse a la luz del día y con luces especiales, pues el camino es muy angosto y de noche la visibilidad es casi nula, por lo que el riesgo de despiste es elevadísimo. Esta información solamente la conocen los miembros de la empresa, ya que son los únicos que transitan por el camino habilitado para su actividad. Sin embargo, no existe norma estatal alguna que haga referencia a una exigencia de esta naturaleza. Tiempo después una unidad que circula a las 9:00 pm se despista y causa la muerte de varios operarios y pérdidas materiales, con los días se determina que la causa del accidente es la nula visibilidad de la vía.

- Tercer caso. Una empresa de construcción con una oficina administrativa y contable con altos estándares en el control de gastos, en determinado momento cuenta con una capacidad logística y operativa paralizada por falta de contratación, en esas circunstancias algunos directivos deciden celebrar una contratación estatal existiendo de por medio una promesa de pago ilegal a favor de los funcionarios encargados de adjudicar la obra, estos directivos luego tienen problemas para cumplir con el pago ilegal pues no les resulta viable justificar contablemente el gasto equivalente a dicho pago.

Los ejemplos antes enunciados muestran que las empresas, al asumir la autorregulación a través de sus órganos de dirección, tienen un deber fundamental en la identificación de los riesgos derivados de su actividad. Así, la persona jurídica tendrá dos posibilidades: i) Desempeñar sus labores de identificación de riesgos como un formato, es decir, un mero *check-list* aplicable a cualquier empresa del rubro de manera estándar o conforme a los requerimientos normativos del regulador sectorial; o, ii) Identificar los riesgos reales de cada etapa de su proceso productivo, administrativo y organizacional, conociendo sus peculiaridades y especialidades y, de acuerdo a ello, elaborar su matriz de riesgos evitando que esta matriz sea solo una construcción aparente para la entidad y siendo más bien un “traje a medida”.

La segunda alternativa lleva intrínsecamente un mayor grado de dificultad y, a la vez, mayores obligaciones para la persona jurídica, pues el análisis sesudo de los posibles riesgos podría contener aristas legales, económicas, informáticas, tecnológicas y, eventualmente, geográficas que generan costos muy altos para las empresas.

Por ello, se necesita un equipo de personas expertas que guíe a la organización en la elaboración de la matriz de riesgos, esto es, un grupo de individuos con los

conocimientos necesarios en las actividades realizadas por las personas jurídicas que asesora, como consecuencia de sus habilidades o de su experiencia en el desempeño de una determinada actividad en el sector y que significa ir más allá del sujeto medio, es decir, un conjunto de individuos con conocimientos especiales en el rubro o actividad empresarial específica. Respecto a esta actividad, Andrés Díaz Arana señala que:

“Muchos emplean criterios normativos a partir de baremos como los del hombre medio, hombre prudente, buen padre de familia, etc. para caracterizar los conocimientos especiales como aquellos que superan lo que conocería un observador sensato, el ciudadano medio que participara en la actividad en cuestión”⁴³.

El concepto de los conocimientos especiales no es ajeno a la doctrina penal, existen innumerables ejemplos que, a consecuencia de las nuevas tecnologías, pueden darse en orden a la importancia de los conocimientos especiales.

Entre los campos de análisis se tienen, a manera de ejemplo, a los siguientes sectores: los complejos procesos de contratación, las telecomunicaciones, la informática, el manejo nuclear y energético, la producción de alimentos o medicamentos en masa. Al respecto Bernardo del Rosal Blasco sostiene:

“(…) en el caso de las nuevas tecnologías, y que tienen que ver con las dificultades que plantea la determinación e imputación de la responsabilidad criminal en el contexto de estructuras organizativas complejas, las viejas instituciones de Derecho penal clásico, pensadas más para la atribución de responsabilidades criminales como consecuencia de la realización de conductas individuales, también – hacen aguas – a la hora de combatir, con un mínimo de eficacia aceptable, los envites que para cualquier Estado representan estas estructuras organizativas al servicio de la comisión de hechos ilícitos”⁴⁴

A partir de ello, consideramos que los conocimientos especiales pueden ser vistos por las empresas como herramientas para elaborar un modelo de prevención (*compliance*)

⁴³ DÍAZ ARANA, Andrés. La Relevancia de los llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación del deber objetivo de cuidado. En: Cuadernos de Derecho Penal, enero-junio 2014, p. 116.

⁴⁴ DEL ROSAL, Bernardo. Criminalidad Organizada y Nuevas Tecnologías: algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales, en: GRANADOS PEREZ, Carlos (Coord.) La Criminalidad Organizada, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, p. 149.

con altísimos estándares y, como consecuencia, la propia empresa elevaría sus niveles de cuidado. De ser así, estaríamos en el mejor escenario: una organización altamente cuidadosa de su actividad y que se comporta como el ciudadano corporativo más honesto y responsable en el mercado, pero ¿ello es exigible a todas las empresas?

Al no existir muchas veces una previsión legal expresa que exija la incorporación de conocimientos especiales en la realización de los deberes de cuidado, incluyendo para estos efectos aquellos que deben verificarse en la fase de identificación de riesgos penales de un programa de cumplimiento, se podría afirmar con mucha ligereza que estos no son necesarios ni requeridos para dar “cumplimiento” a la normativa del sector.

Esta actitud se verá sobre todo en aquellos empresarios que se rehúsan a salir del margen de lo cotidiano, lo estándar, lo normativamente exigible, en síntesis: el punto medio.

Adelantamos entonces una afirmación que resulta uno de los pilares de la presente tesis: si una empresa toma la decisión de implementar adecuadamente un modelo de prevención (*compliance*), y de este modo asume con eficiencia sus responsabilidades en base a la “autorregulación regulada”⁴⁵, entonces se diferenciará de las demás estructuras empresariales al aplicar reglas distintas de las normas genéricas sectoriales, es en este escenario que los conocimientos especiales se hacen imprescindibles.

En el Derecho penal clásico se discute si los conocimientos especiales pueden fundamentar una imputación específica para el autor que los posee. Jose Antonio Caro, en relación a este tópico y refiriéndose a la actuación de personas físicas, señala que:

“(…) se aborda la cuestión de si los conocimientos que van mas allá de lo normalmente esperado y exigible a una persona o, lo que es lo mismo, si aquellos que superen el conocimiento estandarizado que se debe tener en el ejercicio de un rol determinado (...) para dar una respuesta dogmáticamente coherente a esta cuestión debe partirse por las competencias de conocimiento a las que se hizo

⁴⁵ El concepto autorregulación regulada fue acuñado en la década de los noventa del siglo XX, se concibe como uno de los modelos intermedios para regulación de actividades empresariales, mismo que se encontraría entre una concepción absolutamente liberal (modelo de la autorregulación) y una concepción completamente estatista (modelo de control), con más detalles al respecto véase GARCIA CAVERO, Percy. *Anticorruption compliance* en la legislación peruana, en: KUBICIEL Michael y Andy CARRION (Coord.) *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa*, Editores del Centro, Lima, 2020, p. 73

referencia en las líneas precedentes, esto es al deber de conocimiento que le impone al sujeto la posición específica que ocupa en el concreto contexto de interacción donde se desenvuelve”⁴⁶.

Coincidimos con el autor cuando sostiene que la relevancia del conocimiento se evidencia de acuerdo al contexto en que se desarrolla determinada actividad, y esto se pone de manifiesto en el momento mismo de la identificación de riesgos durante el diseño de un modelo de prevención, pues precisamente en ese instante los conocimientos especiales permiten contextualizar la actividad específica de la persona jurídica.

Dejar de lado los conocimientos especiales al momento de asumir el deber de identificar los riesgos inmanentes a la actividad podría vaciar de contenido el fundamento mismo de la autorregulación, entendido como un “traje a medida” respecto de la específica actividad realizada.

Atendiendo a los conceptos anteriormente revisados, nos preguntamos: ¿Los conocimientos especiales deben concurrir durante el proceso de identificación de riesgos penales derivados de una actividad empresarial, como parte inicial del diseño de un modelo de prevención penal (*criminal compliance*) en la empresa, a efectos de alcanzar la exigencia prevista en el artículo 17 de la Ley 30424 y sus modificatorias? En el siguiente capítulo ahondamos en el desarrollo de esta interrogante.

⁴⁶ CARO JOHN Jose Antonio. La Normativización del tipo subjetivo en el ejemplo del dolo, véase en la revista Derecho y Sociedad numero 39, Lima 2012, p. 26

2. LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES COMO HERRAMIENTAS EMPRESARIALES PARA SUPERAR LOS ESTÁNDARES DE LA REGULACIÓN ESTATAL EN LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS PENALES DURANTE EL DISEÑO DE UN MODELO DE PREVENCIÓN PENAL

En el presente estudio conceptualizamos el término “conocimientos especiales” como las facultades intelectuales aprendidas por una persona natural o recopiladas por una organización en una actividad específica, a consecuencia de los estudios seguidos, la experiencia o el *expertis* alcanzado en determinada práctica, cuando estas facultades aprendidas o recopiladas se encuentran por encima del estándar del hombre medio o de la empresa común.

En ese sentido, Javier Wilenmann sostiene:

“En la terminología tradicional, los conocimientos especiales son conocimientos que no posee una persona común y que le permitirían al autor evitar la producción de un resultado dañoso”⁴⁷.

Si bien el mencionado autor parte de asumir un concepto extrapenal, con el que coincidimos, luego termina asociando el término con características especiales dirigidas a la evitación de un resultado dañoso, dándole contenido penal al mismo. Nosotros disentimos de esta segunda parte de su conceptualización, pues entendemos el término “conocimientos especiales” como una construcción derivada de la teoría de las ciencias y no circunscribiendo el mismo solamente al ámbito penal, aunque con obvias consecuencias en la dogmática.

En lo que respecta estrictamente a la ciencia penal, Javier de Vicente Remesal señala:

⁴⁷ WILENMANN VON BERNATH, Javier. Conocimientos especiales en la dogmática jurídico penal y teoría de las ciencias. En: Revista de Estudios de la Justicia N° 13 año 2010, Facultad de Derecho Universidad de Chile. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej13/wilenmann%206.pdf>. p. 165.

“En el ámbito penal, los conocimientos y las capacidades especiales (generalmente denominados en terminología alemana *Sonderwissen* los primeros y *Sonderfähigkeiten* las segundas) suelen entenderse (con independencia de si se defiende un criterio individualizador o su determinación conforme a un baremo objetivo) como términos comparativos en relación con los conocimientos y capacidades que se considera concurren en una figura-baremo (*maßfigur*), el estándar de la persona razonable, prudente y cuidadosa, modelo de conducta (*reasonable person model - RPM- model of behaviour*) generalmente en este contexto el buen profesional (a modo de *bonus pater familias*) – y significa que el sujeto actuante, en virtud de sus facultades individuales supera en conocimientos o capacidades a dicha figura de semejante posición”⁴⁸.

El concepto acuñado por el autor antes mencionado se centra en el tratamiento de casos derivados de infracciones al deber de cuidado (delitos culposos), delitos de peligro así como delimitar la diferencia entre el dolo eventual y la culpa consciente.

No obstante, sostenemos que para entender el término “conocimientos especiales” en su real dimensión resulta necesario que el mismo se maneje en el marco del Derecho, entendido como composición normativa de la sociedad, y no exclusivamente del Derecho penal. Es decir, asumiéndose como necesario en el modo en que se componen las sociedades y no solamente en el análisis de un delito.

En ese sentido, puestos ante un caso concreto, estos “conocimientos especiales” serán de obligatoria observancia, tanto para el sujeto o la organización que se autodetermina conforme a Derecho, como para el tercero encargado de calificar la conducta como lícita o ilícita.

Como se tuvo ocasión de señalar en el primer capítulo, consideramos altamente relevante que los conocimientos especiales existentes en las organizaciones se incluyan al momento de identificar los riesgos de la comisión de delitos en la misma. Sin embargo, antes de acudir al sentido práctico de quién debe incorporar dichos conocimientos en una entidad y cuál debe ser su contenido, debemos detenernos previamente a analizar

⁴⁸ DE VICENTE REMESAL Javier “Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez una referencia paralela a los conocimientos especiales)” En. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 22-03 (2020) – <http://criminol.ugr.es/recpc-ISSN 1695-0194>, pp. 6 y 7.

dos interrogantes relevantes: ¿cuál es la regla fijada por la legislación peruana para la verificación de su cumplimiento? y, ¿por qué es relevante ir más allá de la regulación estatal para construir un adecuado modelo de cumplimiento en una empresa específica? En el primer apartado del presente capítulo tratamos de responder a estas interrogantes.

El presente capítulo se subdivide en dos apartados. El primero trata sobre la postulación del estándar de debida diligencia impuesto por la legislación peruana y que resulta aplicable a las empresas al momento de identificar los riesgos penales; y el segundo, sobre la necesidad de ir más allá de este baremo puramente estatal utilizando para ello los conocimientos especiales adquiridos durante el desarrollo de una actividad empresarial.

2.1. Ubicación del estándar de cumplimiento de la legislación peruana en la identificación de riesgos penales

Con la incorporación de los modelos de prevención (*compliance*) en nuestras normas legales y su aplicación en la práctica, el Estado ha colocado en manos de las propias organizaciones privadas la obligación de regular sus actividades a fin de no generar riesgos innecesarios y de prevenir cualquier daño derivado de la actividad ordinaria que realizan, sea cual fuere esta.

Entre las razones para esta decisión se tienen las limitaciones del propio Estado de regular actividades altamente tecnificadas, procesos de contratación complejos, operaciones masificadas y que, en muchos casos superan las fronteras geopolíticas, en donde la regla del libre mercado atiende más a realidades económicas.

En este escenario, las organizaciones privadas que regulan esta clase de actividades, allí donde el brazo del Estado no llega, tienen un alcance muchas veces más amplio que el del *ius puniendi*, en ese sentido la *lex mercatoria* alcanza relevancia respecto de la debida diligencia. Esto genera en principio un escenario de desregulación y un segundo momento de autorregulación.

Sobre este tema, Sergio Rodriguez nos dice:

“(…) Esta nueva forma de producir bienes y servicios da lugar a un mercado global, a una cadena de producción que, si bien responde a una sola guía o directriz, no pertenece a un único territorio o a un único mercado. Ante este panorama, los Estados pueden verse imposibilitados de regular o normar los procesos económicos, tanto porque existe un interés en atraer mayor inversión extranjera como por una incapacidad técnica o estructural para abordar estos nuevos procesos -principalmente cuando se trata de Estados con un débil aparato estatal (Crelinsten, 2001, p. 91). Así mismo, los intentos regulatorios pueden verse mermados por los propios límites de la actuación estatal, basada en el principio de territorialidad (González García, 2004, p. 11).

Ello trae consigo una consecuencia adicional y, a su vez, una característica esencial de la globalización: el posicionamiento en el mercado y en el sistema político de sujetos privados que, de manera individual o conjunta, ocupan el vacío de poder que se origina por el propio mercado global (Büthe, 2010, p. 9), y que no puede ser cubierto ni por los Estados ni por las organizaciones internacionales -cuya eficacia depende de los Estados que las conforman. En consecuencia, en la actualidad puede verse como las grandes empresas que lideran las cadenas de producción, asociaciones de expertos u organizaciones no gubernamentales ejercen, en este nuevo mercado, competencias que tradicionalmente se han entendido como privativas de los entes estatales: regulación, supervisión e incluso sanción (...)”⁴⁹.

Para el citado autor viene ocurriendo que, ante el vacío en la regulación que dejan los Estados y la poca capacidad para decidir sobre fenómenos económicos que traspasan fronteras con facilidad, los particulares terminan organizándose para regular la actividad que desarrollan instaurando normativas de acuerdo a la dinámica de su actividad, esto sería una forma de colaboración con el Estado a fin de lograr regular incluso en aquellos extremos en que al Estado se le hace un objetivo de difícil consecución.

⁴⁹ RODRIGUEZ, Sergio La autorregulación en el Derecho Penal Económico: Bases para su integración en el sistema del delito, artículo publicado en POLEMOS – Portal Jurídico Interdisciplinario el 21 de julio del 2019, www.polemos.com/portaljuridicointerdisciplinario/autorregulacion. Visto el martes 23 de junio del 2020 a las 19:28 horas.

Con esta “transferencia de responsabilidad” surge en las organizaciones privadas una serie de obligaciones impuestas por el Estado, en el sentido de obligaciones estandarizadas⁵⁰. Pero a medida que avanzamos en el desarrollo de las actividades empresariales, también surgen obligaciones que son identificadas por las propias entidades de acuerdo a su actividad, proceso productivo y complejidad de organización, este momento obedece a las obligaciones autoimpuestas.

Uno de los grandes debates surge al momento de intentar reconocer qué obligaciones (estandarizadas y/o autoimpuestas) son vinculantes para los privados en el caso concreto y cuál es el nivel de diligencia que debe tener una empresa al momento de autorregularse y colocarse a sí misma diversas obligaciones de acuerdo a los riesgos identificados. Este es el asunto principal de la presente investigación.

Las obligaciones estandarizadas dirigidas a las empresas son fijadas por el Estado (mercado de valores, medidas sanitarias, medidas financieras, etc.). Por su parte, las obligaciones autoimpuestas son fijadas por las propias empresas en atención a los riesgos que ellas mismas identifican, pero con ciertas limitaciones derivadas de la sociedad en la que realizan sus actividades y del sistema político imperante⁵¹.

Sin embargo, la consagración y el reconocimiento de esta segunda clase de obligaciones queda en manos del propio administrado, lo cual podría derivar en diversos escenarios de cumplimiento e incumplimiento sujetos a la voluntad del individuo o de la organización privada.

Así, por ejemplo, podremos encontrarnos ante un privado que a pesar de conocer y poder implementar medidas de prevención necesarias para su actividad, termina asumiendo un programa de prevención de riesgos sin mencionar tales medidas, construyendo un *compliance* sobre una base irreal y se limita a tener un sentido meramente formal.

En definitiva, un programa de cumplimiento que solamente existe en el papel y no tiene reales consecuencias prácticas de prevención.

⁵⁰ Cuando hablamos de obligaciones estandarizadas nos referimos a las obligaciones que normalmente todas las empresas deben cumplir por ejemplo el pago de impuestos, obligaciones laborales, y de utensilios ordinarios para el normal desarrollo del trabajo de sus empleados.

⁵¹ Véase al respecto RODRIGUEZ, Sergio, ob cit, primer apartado.

Esta interpretación equivocada de la autorregulación entendida en un sentido formal y destinado a cumplir solo obligaciones estándares, es lo que se pretende evitar a través de la presente investigación, evidenciando la necesidad de otorgar un contenido mínimo de cumplimiento a las obligaciones autoimpuestas (deberes de cuidado generado por los conocimientos especiales).

Desde la doctrina y práctica ligadas a la implementación de programas de cumplimiento, existen una serie de propuestas que buscan brindar orientaciones o recomendaciones a las organizaciones privadas a efectos de que estas cuenten con programas adecuados de gestión de riesgos (programas de *compliance* reales), y acordes al cumplimiento de obligaciones autoimpuestas bajo los mejores estándares de diligencia posibles. Sobre este aspecto, Alain Casanovas sostiene:

“Fenómenos como la globalización de la economía o la necesidad de trascender las obligaciones legales para asumir los compromisos éticos que reclama la sociedad, han contribuido a incrementar las necesidades de *compliance*, acelerando la evolución en la curva de madurez de una función que se percibe como factor clave de buen gobierno corporativo. Tanto los órganos legislativos como los poderes públicos en cada vez más países vienen adoptando conciencia de este nuevo contexto, siendo frecuente hallar referencias a modelos o programas de *compliance* en normas con rango y alcance variados. Paralelamente y frente a esta realidad, en los últimos años se han elaborado estándares internacionales sobre sistema de gestión de *compliance*, que incorporan las mejores prácticas a modo de directrices y especificaciones, de gran utilidad para su diseño y evaluación”⁵².

Ateniendo al alcance global de estas prácticas, podemos preguntarnos: ¿de qué forma concreta los referidos estándares podrían añadirse a la valoración de las prácticas cotidianas de una empresa en el país?.

Así, por ejemplo, en el caso de la empresa minera esbozado en el capítulo anterior donde describimos que esta opera en una zona muy lejana y elevada del país con accesos especialmente difíciles y peligrosos por lo accidentada de su geografía, al punto que solo transitan los vehículos de la compañía por la referida carretera y lo hacen con

⁵² CASANOVAS Alain. Libro Blanco sobre la función de compliance. Asociación Española de Compliance. Madrid. 2017. p. 5.

gran dificultad y riesgo, resulta importante preguntarnos: ¿es necesario valorar el riesgo antes mencionado y adoptar medidas para prevenir o menguar ese factor? y ¿cuáles serían las consecuencias de no hacerlo si sucediera una catástrofe? El presente apartado describimos las problemáticas detrás de las preguntas antes formuladas.

La actividad de identificación de riesgos permite que la organización empresarial conozca qué eslabones de su actividad tienen mayores niveles de exposición, sobre todo en el ámbito penal, a fin de tomar las medidas correctivas adecuadas, pero también posibilita que las estructuras empresariales queden exentas de responsabilidad en caso se cometa un delito en el seno de la organización.

Como tuvimos ocasión de tratar en el punto 1.3., el estándar normativo para la legislación peruana se encuentra previsto básicamente en dos dispositivos promulgados en el Perú, en los últimos años, a saber:

- La Ley 30424, ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, y sus modificatorias⁵³,
- El Decreto Supremo 002-2019-JUS, dispositivo que reglamenta la ley 30424.

El artículo 17° de la primera norma mencionada hace referencia a la eximente de responsabilidad de la persona jurídica en caso haya adoptado e implementado en su organización, con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención o de reducción de riesgos de comisión de hechos delictivos.

La norma operacional sobre la responsabilidad administrativa de la persona jurídica regula el alcance de la debida diligencia. Al respecto, el apartado octavo del artículo 5° del Decreto Supremo 002-2019- JUS, publicado en el diario oficial “El Peruano” el 9 de enero del 2019, señala lo siguiente:

⁵³ La ley 30424 estaba dirigida inicialmente a regular la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, conforme a la regla prevista en el artículo 397-A del Código Penal; este dispositivo legal fue modificado por el decreto Legislativo 1352 y la Ley 30835, ampliando el listado de delitos en los que se puede determinar la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Importante también la Ley 30737 que trata acerca del aseguramiento del pago de la reparación civil a favor del Estado peruano en casos de corrupción y delitos conexos, trata acerca de medidas aplicables a personas jurídicas directa o indirectamente vinculadas con un delito de corrupción y los posibles caminos que las mismas pudieren optar, incluyendo la implementación de un programa de cumplimiento (ver artículos 10, 13 y 21 de la mencionada norma).

“debida diligencia: proceso a través del cual la persona jurídica identifica y evalúa con detalle la naturaleza y el alcance de los riesgos de delitos en el marco de su actividad, la cual permite la toma de decisiones informadas, con la finalidad de prevenir o mitigar el riesgo de la comisión de delitos, en el ámbito de las transacciones comerciales, proyectos, actividades socio comerciales y personal considerado dentro de estas categorías”.

Tal como se puede apreciar, la debida diligencia es un proceso que marca las pautas que debe seguir una empresa para la identificación, medición y control de riesgos. En esta línea, se constata que para el referido reglamento la debida diligencia está formulada como un deber que deberá comprobarse con ocasión de las actividades de las personas jurídicas.

Desde nuestro punto de vista, la identificación de riesgos se encuentra inmersa dentro de este deber. Tal es así que, para lograr su cumplimiento efectivo, consideramos que se trata de una herramienta que debe existir durante toda la etapa de vida de la empresa, y permite conocer de manera sistemática los puntos álgidos de cualquier actividad económica de la misma a fin de tomar las previsiones necesarias en caso se identifique que un nuevo riesgo asoma en sus actividades.

En el peor de los casos, frente a un escenario delictivo, la identificación de riesgos posibilita que la empresa no asuma las consecuencias negativas del ilegal accionar de sus integrantes, siempre y cuando dicha identificación y las medidas correctivas se hubieren realizado dentro de los parámetros del deber de debida diligencia que se exige en el adecuado desarrollo de las actividades de la empresa.

El modo en que se identifican los riesgos y el método utilizado, así como dejar constancia de todo ello es importante, pese a que en el Perú las organizaciones empresariales no tienen la obligación legal de implementar programas de *criminal compliance* en el seno de sus estructuras. Es decir que, la actividad de identificación de riesgos y el sometimiento al principio de autorregulación es absolutamente voluntario.

En el Perú no existe una obligación para las empresas de contar con un programa de *compliance*, en consecuencia, el momento correcto lo delimitará la propia persona jurídica basados en sus buenas prácticas y en atención a ello se impondrá a sí misma mayores estándares de control que los gubernamentales.

No obstante, las empresas vienen progresivamente elaborando programas de *criminal compliance* por las ventajas de exención que ofrece el Estado una vez implementadas, sobre todo para las medianas y grandes empresas.

Tan importante es la actividad de identificación de riesgos que, de los 11 principios enunciados en el artículo cuarto del Decreto Supremo 002-2019- JUS⁵⁴, 4 de ellos tienen directa relación con la actividad de identificación de riesgos, a saber:

- **Principio de adaptabilidad**, en virtud del cual, los procedimientos y estrategias del modelo de prevención se adapta a la naturaleza, estructura y operación, sobre la base de los riesgos a los que se encuentre expuesta.
- **Principio de documentación**, las personas jurídicas documentan y evidencian los procesos, controles y evaluación de riesgos.
- **Principio de evaluación continua del riesgo**, implica la identificación, evaluación y monitoreo continuo de las actividades riesgosas, así como de aquellas que puedan crear nuevos riesgos.
- **Principio de proporcionalidad**, al señalar que los controles implementados son proporcionales al nivel de riesgo identificado.

Entonces, una correcta identificación de riesgos penales permite conocer con mayor precisión la existencia o inexistencia de un riesgo específico antes o durante la actividad que los integrantes de una empresa desempeñan. Además, permite determinar si la organización empresarial eleva un riesgo ya existente y, en esa medida, si este es posible de ser controlado.

La identificación de riesgos generados en el desarrollo de una actividad permite a los agentes dos principales actuaciones, a saber:

- (i) A los integrantes de la empresa, la identificación de riesgos les permite realizar acciones dirigidas a evitar que estos se materialicen; o, tomar medidas para no acrecentarlos más allá de lo estrictamente necesario.
- (ii) Al aparato estatal, dicha identificación de riesgos le permitirá evaluar aquellos supuestos donde un riesgo se ha concretado en un daño y,

⁵⁴ El Decreto Supremo 002-2019- JUS publicado el 9 de enero del 2019, tiene como título “Reglamento de la Ley 30424- Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”.

establecer si la organización empresarial adoptó medidas razonables conforme a la diligencia debida para evitarlo.

Lo primero tiene que ver con la adopción de programas de gestión de riesgos reales, para evitar que los daños se produzcan; y lo segundo, con la determinación y el alcance de las responsabilidades derivadas del daño causado.

En las líneas que siguen trataremos la problemática derivada del reconocimiento de la autorregulación en el ámbito empresarial desde una aproximación empírica y ética. Desde la primera aproximación, nos detendremos en el análisis de la realidad peruana donde la mayoría de sectores están poco regulados, incluso en materia jurídico penal, ya que se tiene en consideración la relevancia penal de conductas cuando no se encuentran absolutamente definidas y podrían ser atentatorias del principio de legalidad material.

Por su parte, un cuestionamiento ético sobre la formulación de estos estándares sentarán las bases al momento de elaborar un modelo de prevención real, basado en los conocimientos especiales de la actividad que la empresa realiza, lo cual marcará una diferencia respecto al mero cumplimiento de requisitos formales y realmente servirá para identificar y mitigar los riesgos inmanentes a la actividad empresarial.

El inicio de actividades empresariales supone la identificación de las particulares condiciones en las que se desarrolla la misma. Así, por ejemplo, un novel empresario, al poco tiempo de operar identificará los costos no calculados inicialmente, la mayor o menor productividad de sus trabajadores, y las especiales condiciones de su actividad. Es aquí, en este último aspecto, donde surge *in abstracto* y de manera intuitiva los riesgos inmanentes a la actividad económica específica.

En el mismo sentido, siguiendo con el ejemplo, este novel empresario también identificará sus riesgos laborales, societarios, con proveedores y consumidores. Todo ello basado en la experiencia derivada de la puesta en marcha de la empresa, y si estos datos ya identificados no se plasman en documentos será solamente una especie de contingencia encontrada intuitivamente sin canales de comunicación a los demás miembros de la organización.

De igual manera se materializa la identificación de riesgos penales. Estos se pueden evidenciar cada día, dándose a conocer periódicamente, en cada etapa del proceso

productivo. Por ello, afirmamos que durante todo el tiempo en que la empresa desarrolla una actividad es posible identificar riesgos preexistentes o inclusive descubrir nuevos riesgos derivados de la actividad empresarial.

Sin embargo, será a partir de la decisión del empresario de incorporar a su actividad un modelo de prevención penal (*criminal compliance*) en que se da el inicio del deber de identificación de riesgos específicos, como paso necesario para la implementación de un programa de *criminal compliance* al interior de una estructura empresarial.

Raquel Montaner Fernandez sostiene que:

“ (...) el establecimiento, desarrollo y vigilancia del sistema de gestión de cumplimiento es una decisión empresarial que le incumbe al representante legal de la organización. Esta es la forma a través de la cual el representante legal de la empresa cumple con su deber de dirigir la actividad de la empresa hacia la prevención de infracciones y hacia el cumplimiento legal”⁵⁵

La identificación de riesgos penales puede ser reciente o antigua en relación con el inicio de las actividades económicas por parte de la empresa. Así, puede que una empresa haya iniciado operaciones hace 10 años y en el mismo periodo de tiempo viene identificando los riesgos penales de sus actividades en base a la experiencia propia del negocio.

Por otro lado, puede también ocurrir que ha iniciado operaciones de forma muy reciente y se encuentra en un estadio de continuar revisando aquellos riesgos inicialmente no mapeados.

Nuestra sugerencia es que, luego de la identificación inicial de riesgos – que puede producirse en base a una práctica correspondiente con la experiencia del negocio o que puede tratarse de un momento formal y específico – la empresa debe contar con herramientas suficientes para comunicar, mitigar y/o en su caso tomar todas las medidas que sean razonables respecto de los riesgos antiguos o nuevos que puedan surgir en el transcurso de la actividad económica. Ello, para que estos no se materialicen en un daño real.

⁵⁵ MONTANER FERNANDEZ, Raquel “La estandarización alemana de los sistemas de gestión de cumplimiento: implicaciones jurídico penales” en *Criminalidad de empresa y Compliance*, Dir. Jesús María Silva Sánchez, Atelier, Barcelona, 2013, p. 146.

Con esto, tenemos una primera idea en este capítulo, la identificación de riesgos tiene un punto de inicio definido pero no es una etapa claramente determinada en condiciones de tiempo, sino que es un trabajo permanente para los sujetos obligados, que dura cada día en que la actividad económica se realiza, teniendo una funcionalidad dialéctica atravesando las etapas de control y supervisión al interior de la empresa, permanentemente.

Si la identificación de riesgos se hace de manera intuitiva, sin la implementación de un modelo de prevención penal (*criminal compliance*) entonces nos mantendremos dentro del estándar fijado por el Estado a través de sus normas sectoriales y eventualmente por el buen saber y entender del empresario que cumple las directrices estatales, sin atender a las particularidades de su actividad.

2.2. La necesidad de incorporar conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales como parte de una debida diligencia

En las líneas que siguen vamos a dar nuestras razones empíricas, legales y éticas por las que sostenemos que los conocimientos especiales deben ser incorporados de manera obligatoria e inequívoca al momento de la identificación de los riesgos penales de las organizaciones empresariales, cuando estas organizaciones se sometan a la denominada autorregulación.

2.2.1) Justificación en sentido empírico: el ineficiente Estado regulador y la delegación de deberes a las organizaciones empresariales.

En sectores poco regulados pero bastante industrializados, las empresas normalmente suelen fijarse en las exigencias impuestas por el Estado (generalmente laborales, sanitarias y tributarias) y contar además con el respaldo de una entidad certificadora que sostenga que dicha organización empresarial ha diseñado sus procedimientos con

la diligencia debida. Existen una serie de empresas certificadoras⁵⁶ internacionales que han logrado posicionamiento y reconocimiento en el mercado internacional, estas obran como una especie de entidad legitimadora respecto de los cuidados que ha tenido una empresa al momento de diseñar sus procedimientos -de producción, de contratación, de venta, de contrataciones con el Estado, laboral, etc.

Sin embargo, nótese que la intervención de estas certificadoras ocurre en un momento *ex ante* a la efectiva implementación de las medidas diseñadas en la empresa, esto es, se trata del cumplimiento de la debida diligencia *ex ante* a su concreción y que, por su naturaleza, todavía se mantienen en el documento o papel, resultando aún muy alejadas de los procedimientos a seguir.

El momento de cumplimiento muchas veces es confundido por las empresas, pues consideran que se agota con la verificación de su existencia *ex ante* a la efectiva implementación.

Por este motivo, las prácticas establecidas en la documentación de la empresa en muchas ocasiones se quedan simplemente en la categoría de “buenas intenciones”, en aras de lograr una buena reputación empresarial y adecuarse a las aparentes exigencias del Estado y del grupo económico al que se adscriben. Sobre este punto, Paula Ramirez Barbosa señala:

“La reputación es a la vez una garantía y un reto relacionado con compliance, proteger a la compañía de afectaciones a su buen nombre y repercusiones en su credibilidad, las cuales pueden afectar económicamente a la empresa por la pérdida de su reputación o buen nombre corporativo, también se puede lesionar la confianza de la sociedad hacia la compañía en el mundo de los negocios, cuando la empresa se ve afectada por la judicialización de sus miembros como consecuencia de la comisión de delitos en su interior. Por tanto, el conjunto de percepciones internas o externas que recaen en la empresa por los diversos grupos de interés – stakeholders⁵⁷ - es el resultado de la vigencia y

⁵⁶ Las empresas certificadoras o entidades de Certificación, son aquellas organizaciones privadas, que tienen como función evaluar la conformidad y certificar el cumplimiento de una norma de referencia, ya sea del producto, del servicio o del sistema de gestión de una organización empresarial, y que se encargan de indicar si determinada organización cumple con determinados estándares, los más conocidos y recurrentes son las normas ISO 9001, ISO 14001, ISO 19600, ISO 37001. Véase al respecto con mayores detalles www.prezi.com.

⁵⁷ Los stakeholders son todas aquellas personas individuales o grupales que tienen legítimos intereses en el funcionamiento de una empresa y se ven afectados por sus actividades.

cumplimiento de la cultura de la legalidad organizacional, así como la existencia de pautas de funcionamiento ético, íntegro y de alta calidad”⁵⁸.

De conformidad con la autora, la elaboración de un programa de *compliance* está directamente relacionada con la reputación de la empresa y con la idea de confianza que esta proyecta frente a la sociedad, pero además a la sensación de confianza frente a sus miembros.

Es por ello que la sociedad espera que el contenido de los documentos que finalmente conforman un programa de prevención tenga una efectiva puesta en práctica y, con ello, que las obligaciones estándares y autoimpuestas se ajusten a la realidad de las entidades y su finalidad en la prevención de riesgos pasibles de derivar en delitos.

Al respecto, las medianas y grandes empresas poseen en muchos casos, documentos que reflejan el cumplimiento de las obligaciones a las que anteriormente se hizo referencia, los cuales señalamos a continuación:

- Manual de procedimientos internos.
- Protocolos de atención al cliente.
- Protocolos de atención a los proveedores.
- Protocolos de contratación (de personal, de proveedores y de clientes).
- Área especializada en contrataciones con el Estado.
- Capacitaciones constantes por exigencia de la ley o por decisiones internas.
- Auditorias anuales o ante eventos específicos.
- Algún otro documento que especifique cómo proceder en el marco del proceso productivo de la empresa.

Esta reglamentación resulta fundamental en la dinámica de las relaciones dentro y fuera de la empresa, es una muestra del modo en que se organiza la misma y permite identificar defectos – en caso hubiese alguno - a fin de superarlos o enfrentarlos con medidas adecuadas. Ello, siempre que se trate de programas de prevención reales y tengan la finalidad de evitar que ocurran daños posteriores como consecuencia del mal manejo de las actividades riesgosas de la empresa, tanto para los bienes jurídicos individuales y supraindividuales.

⁵⁸ RAMIREZ BARBOSA, Paula Andrea “Responsabilidad penal corporativa y compliance. Un nuevo marco regulatorio de ética, gobernanza y control de los riesgos empresariales” en Revista Paradigma, Ribeirao preto-SP, anno XXIII, v.27 N° 2, p. 47-80, may-ago 2018, ISSN 2318-8650.

Sobre la necesidad de establecer programas de compliance reales, Juan Antonio Lascurain señala:

“No se trata de una autorregulación interesada, sino de una colaboración con los poderes penales del Estado que refleja el sentido último de todo el sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se exige a la empresa que colabore con la prevención de determinados delitos – los cometidos mediante la empresa y a favor de la empresa- y se convierte esa exigencia policial en una exigencia penal, que es la que determina el injusto propio de la empresa, bien diferente del injusto individual”⁵⁹

Para el autor, un programa de prevención de riesgos (*compliance*) permite un mecanismo de colaboración con el Estado, al ir más allá de lo que este puede hacer para controlar determinadas actividades empresariales y, por tanto, se centra en identificar puntos álgidos, complicados y cuestionables, que pueden generar dudas sobre la solidez de determinada etapa del proceso productivo. Además, se erige transversalmente sobre los demás temas, básicamente para labores de prevención de ilícitos penales.

Así, por ejemplo, se pueden identificar riesgos en un determinado eslabón del procedimiento para contratación de personal, o riesgos específicos en la forma de pago de determinados proveedores en el ámbito sanitario para la elaboración de un producto, o incluso se pueden llegar a identificar riesgos con los márgenes de libertad que se les otorga a los trabajadores encargados de las contrataciones con el Estado, entre otros supuestos.

Como podemos apreciar, un programa de prevención debe analizar todos los procedimientos seguidos por una organización empresarial e identificar cuáles son los puntos álgidos de dichos procedimientos, no hacerlo tiene como correlato posibles defectos en la organización que genere responsabilidades para la persona jurídica, más delicado aun cuando se trata de defectos en la organización que acarree responsabilidades penales.

⁵⁹ LASCURAIN, Juan Antonio. Compliance, control y unos refrescos, en: ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán, NIETO MARTÍN (Coord.) El Derecho Penal Económico en la era del compliance. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013, p. 130.

Tan importante resulta actualmente que una persona jurídica cuente con programas de prevención (*compliance*) que de suceder un hecho penalmente relevante, la existencia de un programa real y que estuviese encaminado seriamente a reducir los riesgos derivados de su actividad, podría ser uno de los argumentos de defensa más importantes de la organización.

Sobre la importancia del *compliance* en el proceso penal, Carlos Caro Coria sostiene:

“Los requisitos para incorporar a una persona jurídica al proceso penal (...) cuarto: la peligrosidad potencial de la persona jurídica a modo de hipótesis de imputación, de acuerdo con los parámetros del principio de imputación necesaria (requisito contenido en los fundamentos 21^a y 11 del acuerdo plenario 7-2009), es decir una hipótesis de no *compliance* o no prevención de la comisión de delitos por parte de la corporación (...) de esta manera si el *no compliance* es el fundamento para imponer consecuencias a la persona jurídica, tal imputación no puede ser sorpresiva y apreciarse sólo en la sentencia o en una etapa avanzada como la de acusación y juicio oral, sino y cuando menos en la fase de imputación de cargos que, en el caso del NCPP, es la investigación preparatoria”⁶⁰.

Para el autor, la no existencia de un programa de prevención -*compliance*- es un fundamento categórico para proceder a la incorporación de una empresa en el proceso penal en calidad de imputada. Incluso, el referido autor afirma que, desde la fase inicial del procedimiento, debe mencionarse esta razón como motivo para incorporar a una persona jurídica en un proceso penal.

A nivel estatal existen distintos niveles de regulación, desde leyes bastante genéricas hasta directivas específicas de entidades reguladoras, es decir, en el Estado tenemos diferentes controles para el cumplimiento de las normas de prevención o de control de riesgos. Asimismo, en el propio Estado tenemos algunos sectores cuya actividad prácticamente no está regulada, salvo los ámbitos tributario y laboral. A su vez, existe el sector de innovación tecnológica que suele ir bastante más rápido que la emisión de normas que pretenden su regulación.

⁶⁰ CARO CORIA, Carlos y Manuel Luis, FERNANDEZ, Personas jurídicas, el no *compliance* como pauta para el proceso, artículo publicado en *Jurídica* (suplemento de Análisis Legal del Diario Oficial El Peruano), segunda etapa año 12, del martes 7 de agosto del 2018, p.3.

No obstante, un dato interesante es el que señala que en el Perú el sector laboral informal es amplio llegando a alcanzar el 71.1 % de las actividades económicas⁶¹. Así las cosas, el referido sector suele ser muy productivo pero incumple las exigencias legales de control definidas con anterioridad, siendo que las organizaciones empresariales que operan en este rubro simplemente no les interesa un programa de prevención, toda vez que ya operan en el terreno de la informalidad y los costes que derivan de la implementación de estos programas se acumulan al mismo acceso al mercado.

A pesar de la complejidad y relevancia que tiene este campo para el ámbito nacional no será materia del análisis aquí planteado, remitiéndonos en esta oportunidad al análisis de las actividades empresariales formales.

En la línea antes señalada, en el presente apartado analizaremos dos escenarios de autorregulación. El primero referido a un sector económico con altos estándares impuestos por el Estado, en el sentido de requerir la presencia de protocolos estrictos y estandarizados para el inicio o la continuidad de las actividades económicas, a efectos de cumplir las obligaciones normativas ya establecidas a nivel estatal. Por su parte, el segundo escenario presenta un nivel de regulación menor y, conforme a lo aquí sostenido, ha cedido elevadas cuotas de libertad a la persona jurídica en materia de prevención y obligaciones autoimpuestas.

2.2.1.1 .- Escenario 1: Altos niveles de regulación estatal en la actividad empresarial realizada e imposición de estrictos programas de *criminal compliance*

Existen actividades económicas que se encuentran reguladas con un alto nivel de detalle, esto es, con obligaciones estandarizadas de tipo general, específico, circulares y una serie de dispositivos legales emitidos por entidades especializadas encargadas de supervisar la actividad económica de la que participa determinada empresa. En este ámbito también podemos encontrar obligaciones estandarizadas que provienen de los mismos gremios empresariales.

⁶¹ Cifra obtenida del Diario Oficial El Peruano, publicación del 20 de abril del 2020, véase en <https://elperuano.pe/noticia-el-711-de-trabajadores-el-peru-son-informales-93831.aspx>.

Este universo está representado claramente por las entidades financieras, compañías de seguros y administradoras de fondos previsionales, que en el caso peruano se encuentran sometidas a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP. Otro ejemplo cercano lo constituyen aquellas sociedades agentes de bolsa sometidas a la Superintendencia del Mercado de Valores.

En muy raras ocasiones estas entidades realizan operaciones no estandarizadas y si lo hicieran para ello cuentan con especialistas, al interior de la organización, que delimitan la legalidad y viabilidad económica de las mismas. Las actividades que realizan este grupo de empresas, donde el Estado tiene una presencia de regulación importante, se delimita el detalle de su actividad y también los riesgos inherentes a su actuación en el mercado, tal es así que cualquier asimetría organizacional comúnmente se detecta con rapidez.

Así las cosas, podemos afirmar que estamos ante un escenario que cuenta con una regulación de calidad, en el que todo (o casi todo) funciona bien en el sentido de que las actuaciones y su alcance se encuentran previamente determinadas por la autoridad, donde las consecuencias legales de la generación de un daño (penales, civiles o administrativas) se atribuyen generalmente a un sujeto específico y no a un defecto de la organización.

Imaginemos a un Banco a través del cual se cometió un delito, en este campo organizacional regulado será posible imputar -de forma sencilla- responsabilidad directa a un cajero, sectorista o trabajador de forma individualizada, resultando excepcional que se le atribuya a la organización misma haber servido de plataforma para la comisión de un ilícito penal por haberse estructurado defectuosamente, toda vez que la organización misma de la entidad está sujeta a los lineamientos regulatorios brindados desde el Estado a nivel general y sectorial.

Concretando nuestras afirmaciones precedentes, imaginemos el caso del cobro de un cheque en una agencia bancario, cuyo monto supera los US\$ 10,000.00, este trámite genera dos obligaciones que forman parte de la debida diligencia en transacciones financieras, la primera para el agente bancario a fin de solicitar al cliente que suscriba

una declaración jurada sobre su identidad y el origen de los fondos, y la segunda obligación dirigida al cliente sobre la suscripción de la referida declaración⁶².

El contexto de la regulación al que se hace referencia también se extiende a los costes del funcionamiento de las propias empresas en el mercado. Así, por ejemplo, si una persona desea hacerse con un préstamo en el sector financiero, casi todas las empresas del sector que se encuentran sujetas a la supervisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, le solicitarían requisitos muy similares, quedando la elección del consumidor en razón al posicionamiento de la empresa financiera en el mercado y la tasa de interés propuesta.

Sin embargo, cualquiera de las ofertas propuestas por las entidades financieras no tendrán marcadas diferencias, debido a que el sector se encuentra regulado casi en su totalidad y las cuotas de discrecionalidad son mínimas.

En este mercado, los lineamientos de un programa de prevención - *compliance* depende en gran medida del sector al que va dirigida la actividad, la cual se encuentra medianamente delimitada en función a las metas de cumplimiento, en consecuencia, los programas de prevención implementados en estos rubros supone la confianza de los destinatarios de la actividad en el funcionamiento del sistema y en sus bajas cuotas de falibilidad. Sin embargo, esto no ocurre en otros sectores económicos que pasaremos a analizar a continuación.

2.2.1.2.- Escenario 2: Regulación estatal con enormes cuotas de libertad para las empresas de acuerdo a la actividad desarrollada

⁶² Según la Resolución de la Superintendencia de Banca y Seguros 2060-2015 y sus modificatorias, que tratan acerca del Reglamento de Gestión de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, (norma que forma parte del sistema de prevención de lavado de activos de la SBS), la referida norma señala que cada vez que una persona quiera cobrar un cheque por un monto superior al anteriormente indicado debe brindar sus datos personales que permitan su identificación y señalar el origen del dinero que finalmente desea cobrar. De no darse este requerimiento por parte de un funcionario de la entidad bancaria y, como consecuencia de ello, posteriormente se logra evidenciar que estamos ante un caso de lavado de activos o financiamiento del terrorismo, consideramos que el Banco donde se cobra este cheque no sería responsable de la comisión del referido delito, siempre que se pueda establecer la debida diligencia organizacional al brindar capacitaciones periódicas a sus funcionarios y demostrar que la omisión de este no representa el comportamiento institucional de la entidad.

Una dinámica distinta se da en aquel grupo de actividades donde el Estado solo ha dado directrices generales, pero son los mismos privados quienes deben generar las obligaciones autoimpuestas en razón a la naturaleza de su actividad. En este universo de organizaciones, el diseño adecuado de un programa de prevención- compliance – se encuentra con una serie de obstáculos, debido primero a la frecuente resistencia de los sectores a elevar sus estándares de cuidado, y segundo a los costos permanentes que esto significa. No obstante lo antes dicho, la implementación de un programa, al igual que en el primer supuesto analizado en el capítulo anterior, tiene un papel fundamental, tal como veremos en las siguientes líneas.

Las empresas que se encuentran en un ámbito menos regulado como el escenario aquí descrito y desean mantener sus operaciones dentro de los estándares de la debida diligencia, comúnmente realizan las siguientes acciones:

- Adecúan sus procedimientos a las exigencias normativas y a los estándares de cuidado dictados por el gobierno.
- Implementan medidas de manera coordinada con grupos económicos del mismo rubro, en muchas ocasiones incluso emiten documentos denominados “buenas prácticas”, cuya implementación todos los agremiados asumen como compromiso. Lamentablemente, la inobservancia de estas prácticas no acarrea sanciones, por lo que en algunos casos terminan siendo simplemente una declaración de buenas intenciones.
- Elaboran protocolos en todas las áreas que les atañe: producción, atención al cliente, contratación de personal, contratación de proveedores, etcétera.
- Identifican los riesgos a fin de prevenir daños y crean un sistema específico para mitigar dichos riesgos en la medida que sea posible (*compliance*).

El inconveniente surge cuando las empresas no se ocupan de los 4 extremos antes mencionados, o lo hacen defectuosa o parcialmente, e incluso cuando plantean dichos extremos solo de manera teórica o simbólica sin su correspondencia en la práctica.

En esta línea, resulta importante atender al diseño organizacional que la empresa puede adoptar para la interiorización de los costes que surgen como consecuencia de la implementación de un modelo de prevención en la práctica. Al respecto, Maria Ruano sostiene:

“(…) Desde esta perspectiva de modelo eficaz que no incurre en costes innecesarios, aprovecha sinergias y no obstruye la actividad, es posible valorar un escenario en el que la empresa puede llegar a entabilar los ingresos efectuados. El modelo organizativo puede tener utilidad siempre para la empresa como un mecanismo que permite incrementar su valor al ensalzar las buenas prácticas implementadas. La consolidación de una cultura de cumplimiento consistente se puede traducir en el incremento de valor de la empresa que se sostiene también sobre andamios sólidos. Esta parcela evaluable de la marca empresarial puede generar un impacto relevante con efectos y reconocimiento dentro de la propia operativa interna de la empresa y fuera en el mercado en forma de contratos o inversiones beneficiosas”⁶³ .

La autora se centra en explicar que el gasto que podría tomar la implementación de un programa de prevención (compliance) tiene como correlato un beneficio en la marca, en la organización y en la posición empresarial que se ocupa en el mercado. En consecuencia, se trata realmente de una inversión con un impacto positivo para la organización.

Las actividades que, por su naturaleza, pese a las reglas impuestas por el Estado tienen altas cuotas de discrecionalidad para decidir sobre su autorregulación son muchísimas. Entre ellas se tienen a manera de ejemplo las siguientes:

- Las empresas vinculadas a nuevas tecnologías.
- Las empresas que se dedican al rubro de construcción y afines.
- Las empresas vinculadas a la industria farmacéutica.
- Las empresas pesqueras y rubros afines.
- Las empresas mineras.
- Las empresas ganaderas y agroindustriales.
- Las empresas de turismo.

Entonces, desde nuestra perspectiva, en múltiples actividades empresariales existen márgenes de libertad al momento de elaborar e implementar un programa de prevención, esto de inmediato genera dos interrogantes:

⁶³RUANO MOCHALES, Maria Teresa “El compliance program como mecanismo de organización, prevención y enjuiciamiento” en: Revista Internacional Transparencia e Integridad, N° 03, enero- abril 2017, p. 7.

- ¿En el Perú es absolutamente necesaria la elaboración de programas de *compliance*?, ¿puede una empresa subsistir sin tener un programa de prevención?
- ¿Qué motiva a las empresas a elaborar un programa de *compliance* que realmente se encuentre diseñado para manejar con solvencia los eventuales riesgos que pudieran existir a consecuencia de la actividad empresarial ?

Aunque de manera bastante limitada, a partir de cierto tamaño y bajo condiciones legalmente establecidas, en determinados rubros sí se debe tener implementado un programa de *compliance*, por exigencia de la ley o por necesidad de subsistencia en el mercado. Sin embargo, la compleja realidad peruana evidencia que la mayoría de empresas simplemente no cuentan con un programa de cumplimiento, al no conocer las ventajas que esto significa y considerar que ello no proporciona ninguna ventaja real en su actividad.

Para Javier Hermoso de Mendoza resulta importante detenerse en las razones involucradas en la toma de decisión de la implementación de un *compliance* en una empresa:

“(…) la decisión de aprobar un Manual de Compliance en el seno de una empresa se enmarca en el compromiso de la empresa con el cumplimiento legal y muestra su posición en el lado de las buenas prácticas empresariales, pudiéndose destacar las políticas de prevención de delitos relevantes en el seno de la empresa, las políticas de supervisión que permitan acreditar que la empresa ha ejercido el debido control sobre la actividad empresarial, así cumple la exigencia de idoneidad contemplada en el CP, la efectividad de la supervisión, vigilancia y control, de modo que se pueda acreditar la adopción y ejecución de un programa eficaz de cumplimiento y de las medidas de vigilancia y control idóneas llevadas a cabo por sus representantes legales. Todo ello permitirá lograr una atenuación o exención en la responsabilidad penal de la empresa”⁶⁴.

⁶⁴ HERMOSO DE MENDOZA SAINZ DE UGARTE, Javier. Legal Compliance. El manual de prevención de riesgos penales (trabajo fin de master) Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Pública de Navarra, Pamplona, 2018.

Para el autor un programa de prevención resulta muy útil para ejercer el debido control en la propia actividad empresarial y para responder a las contingencias legales que puedan generarse con ocasión de su desarrollo. Desde nuestro punto de vista, creemos que un *compliance* es de especial utilidad para evitar tales contingencias.

No obstante, es posible encontrar diferentes posturas dirigidas a fundamentar la utilidad de un *compliance*. Así, tenemos que el programa de prevención permite desarrollar las actividades empresariales de conformidad con las exigencias internacionales de elevar los estándares producción y prestación de servicios. El cumplimiento de esta exigencia muchas veces se da como condición previa para contratar con empresas extranjeras, para tener acceso a nuevos mercados y para facilitar el acceso de una empresa al sistema financiero local.

Sin embargo, existen actividades muy lucrativas en el Perú en donde el crecimiento empresarial se materializa sin contar con programas de prevención (*compliance*), pudiéndose desarrollar favorablemente las actividades empresariales en sentido económico y legal, casi sin inconvenientes. Un claro ejemplo de este supuesto en el Perú, lo encontramos en la mayoría de comerciantes mayoristas de productos agrícolas, también en gran cantidad de empresas de taxis y en los denominados emporios comerciales de la industria del calzado y vestido.

Las organizaciones que desempeñan sus actividades empresariales sin contar con un programa de prevención, tienen acceso limitado a determinados mercados, encontrarán resistencias al momento de acceder a determinadas clases de beneficios, existirán eslabones con márgenes de riesgo en sus operaciones que quizá jamás identifiquen y, de enfrentar un proceso penal a consecuencia de algún hecho acontecido en el desarrollo de su actividad, se encontrará en una clara desventaja legal en comparación con aquel que maneja un programa de prevención.

Debemos tener presente que todas las empresas, sin excepción, tienen obligaciones frente al Estado- tributarias, laborales, permisos de funcionamiento, que resultan ser la base para la elaboración de un programa de prevención, a éstas les llamamos obligaciones estandarizadas.

La primera modalidad de regulación que tiene el Estado como instrumento de control respecto de una empresa es la imposición de obligación de presentar declaraciones juradas para el pago de impuestos, este primer nivel proporciona al Estado información

para conocer los márgenes de utilidad que se obtienen en cada rubro. Es así que, se otorga datos como ingresos, gastos, trabajadores, domicilio fiscal, proveedores y empresas vinculadas, y finalmente habilita al Estado a recaudar fondos por la actividad comercial que se desempeña en el territorio de un país.

Entonces si una empresa no cumpliera con esta primera y muy básica plataforma de control, cuestión que en el Perú es muy recurrente, no lograremos ni siquiera el estándar del control mínimo impuesto por la Administración Pública. Siendo ello así, se hace inviable la implementación de una segunda plataforma de control, como son la formulación de protocolos de seguridad claramente establecidos con especialistas en la materia.

Afirmamos también que, pese a los costos de su formulación e implementación, existen una serie de razones por las que las empresas se beneficiarían de un programa de prevención- *compliance* – correctamente implementado. Señalamos estas razones en las siguientes líneas:

- Les permite acceder a mercados internacionales, en los que las prácticas corporativas con altos estándares éticos y de seguridad son muy valorados.
- Les permite ostentar una buena reputación que, en el mercado local y eventualmente también en el internacional, los puede distinguir respecto de las demás organizaciones que desempeñan la misma actividad.
- Les permite una mejor posición para acceder a créditos y financiamientos en el sistema formal, en atención a los análisis de las entidades financieras y de seguros.
- Les permite tener un escudo legal y una línea de argumentación frente a un eventual procedimiento penal, al tener un punto de apoyo para demostrar que el diseño de la persona jurídica no facilita la comisión de delitos – aun cuando se haya cometido por una persona que forma parte de la organización.

En contraposición, existen también razones prácticas por las que las empresas no consideran que la implementación de un verdadero programa de prevención sea favorable a su actividad, algunas de estas razones son:

- La implementación de un programa de prevención podría ser oneroso.
- En ciertos mercados su implementación podría concebirse como innecesaria.
- Podría complicar su competitividad respecto de costos o visibilizar ciertos aspectos de su funcionamiento que son obstáculos insuperables.
- Existen organizaciones que no confían el cumplimiento de las disposiciones de compliance a los miembros de la organización.

Si esto es así ¿cómo podemos imponer a las empresas obligaciones de *compliance* que supone un mayor nivel de regulación a la simple obligación de declarar tus ingresos y gastos? Esta tarea ciertamente resulta difícil de realizar, habida cuenta que el nivel de cumplimiento de las empresas está sujeto a una confluencia de los beneficios que dichas acciones les puedan recordar.

En el Perú, el universo de variables y la imposición de la mayoría que circunda entre la informalidad y la omisión genera que muchas empresas puedan operar legalmente sin haber implementado adecuadamente un programa de prevención- *compliance*. No obstante ello, creemos que la progresiva incorporación de programas de prevención en las estructuras empresariales elevará estándares de cuidado, los posicionará como sujetos responsables mejorando su reputación en el mercado y garantizará a su vez el mantenimiento de la actividad, pese a cualquier evento dañoso o consecuencia jurídica que pudiese ocurrir. Estos argumentos serán materia de estudio en el apartado siguiente.

2.2.2) Justificación en sentido jurídico (penal): La materialización de un riesgo de índole penal al interior de una organización empresarial y el posible quebrantamiento del principio de legalidad material.

En el presente trabajo partimos de asumir que, la autorregulación es un mecanismo de colaboración de los empresarios frente al Estado, a fin de lograr que las actividades empresariales sean mejor reguladas y que se puedan controlar o mitigar, incluso manejar los riesgos intrínsecos o inevitablemente generados a consecuencia de determinada actividad, esta regulación con características distintas a la regulación clásica es denominada por algunos autores como *soft law*.

Sobre este aspecto Virgilio Rodríguez- Vasquez, señala que:

“El *soft law* se identifica entre otras cosas, como veremos, con las normas que emanan de organismos privados que se autorregulan (...) el fenómeno del *soft law* supone un debilitamiento del principio de legalidad. Su desarrollo ha llegado al punto de entrar a regular en el ámbito jurídico penal, definiendo el delito y las condiciones que afirman o excluyen la responsabilidad penal. En consecuencia, llegando a romper la última gran barrera de la soberanía estatal”⁶⁵

El mencionado autor hace alusión a la flexibilización de las reglas derivadas del principio de legalidad que ordinariamente emanaron íntegramente del poder del Estado y que, con el fenómeno antes aludido, cede algunos extremos a la autorregulación de los privados quienes, en base a sus propias reglas podrían completar el supuesto de hecho o incluso fundamentar una eventual exención de responsabilidad. No obstante se trata de que el privado, con mayores herramientas que el ente estatal coadyuve en esta necesidad de correcta regulación de las actividades, a fin de que no afecte ilegalmente, intereses propios o de terceros.

Si se trata de colaboración, entonces el diseño de la matriz de riesgo elaborado por una empresa tiene que corresponder a la realidad, a fin de que el trabajo colaborativo sea uno real, a fin de que el Estado conozca efectivamente el nivel de riesgo que genera la actividad empresarial y si este riesgo se materializa en un daño penalmente relevante poder determinar si fue previsto o no en la matriz de riesgos o se debió a un hecho que no se encontraba en posibilidades de ser advertido. Este último punto resulta de vital importancia pues determinará la relevancia penal de las conductas frente al eventual daño causado o la imputabilidad de las mismas frente al quebrantamiento de una norma jurídico penal.

También es cierto que mientras más escrupulosa sea la elaboración de la matriz de riesgos, mayores obligaciones de control se asignará a sí misma la empresa, pero aunque esto sea visto como una molestia cuando las organizaciones están en periodo

⁶⁵ RODRIGUEZ- VASQUEZ Virgilio, Democracia, sistemas de control y Derecho Penal, publicado en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología número 22-11, año 2020, p. 2.

de adaptación, luego forma parte de la cultura empresarial y le otorga a los miembros de la organización económica, la tranquilidad de protección frente al quebrantamiento de roles de cualquier individuo al interior de su estructura, estos últimos deberán responder por responsabilidades penales y no se extenderá a la organización, por haber servido de caldo de cultivo del delito.

En buena cuenta, al autor directo se le imputará su delito en atención a su conducta positiva penalmente relevante, mientras que a la organización se le imputará responsabilidad por haber servido se escenario útil para la comisión del ilícito y no haber tomado las previsiones razonables para que ello no suceda, no obstante lo antes señalado, tenemos algunos problemas en la aplicación de reglas de imputación que pasaremos a desarrollar de inmediato.

El diseño de un programa de prevención- *compliance* - tiene como objetivo disminuir, controlar, mitigar los riesgos y, de este modo, prevenir cualquier daño derivado de la actividad de una organización empresarial. Estos daños pueden ser identificados ontológicamente a través de la contaminación ambiental, la producción de daños o lesiones, y la generación de perjuicios patrimoniales o muertes. Asimismo, las referidas afectaciones pueden tener un sentido estrictamente valorativo, al tratarse de contravenciones a las normas tal como se presentan en gran número en delitos contra la administración pública.

Sostenemos también que implantar un programa de prevención- *compliance*- no implica reducir a cero los riesgos inmanentes a las actividades empresariales, tampoco la conducta negligente o dolosa de una persona que forma parte de la organización, aun cuando haya actuado como integrante de la misma. Sin embargo, el programa de prevención será de gran utilidad, si es que la empresa ha realizado suficientes esfuerzos en prever cualquier riesgo y la conducta se debe al aprovechamiento de la posición de un sujeto individual a pesar de los esfuerzos de implementación realizados conforme a los estándares de control.

Suele entenderse que la principal razón para la creación de un verdadero programa de prevención -*compliance* – sería la protección de la organización frente a una contingencia legal (tributaria, civil, administrativa o penal), en consecuencia la empresa podría defenderse de cualquier eventual procedimiento instaurado en su contra por algún evento dañoso o contrario a la norma acaecido con ocasión de sus actividades. Sin embargo, creemos que el principal motivo para la implementación de un programa

de prevención es reducir tanto como sea posible, los eventuales escenarios en los que se contravenga la norma mientras se desarrolla la actividad empresarial. Dicho esto, un programa de *compliance* cumpliría su objetivo de manera idónea, en la medida en que la organización no se vea involucrada en actos ilegales, o - viéndose involucrada - pueda demostrar que se encontraba razonablemente organizada para evitar cualquier ilegalidad.

Del universo de temas legales que suelen asociarse con el *compliance*, los especialistas han decidido darle prioridad a algunos puntos. Así, el Grupo Iberoamericano de práctica de *compliance* se ha centrado básicamente en los siguientes aspectos:

“(…) esta publicación presenta los aspectos normativos más relevantes en materia de compliance en las jurisdicciones que forman parte del grupo. La publicación desarrolla principalmente los siguientes temas: (i) normas anticorrupción, (ii) normas tendientes a prevenir el lavado de activos y la financiación de terrorismo, (iii) legislación *antitrust* y derecho de la competencia; (iv) legislación en materia de protección de datos personales, y (v) regulación de la actividad de lobby o cabildeo”⁶⁶.

Cabe señalar que, la posición del Grupo iberoamericano se basa en los enunciados de intereses y estándares internacionales, perfectamente aplicables a nuestra realidad. Es importante señalar que aún cuando se hable de autorregulación, en puridad de lo que se trata es de una estrategia del Estado para regular en aquellos espacios en donde su actuación se ve limitada, pero precisamente como una forma de apoyo, de respaldo de la labor de control estatal.

En muchas ocasiones, cada vez que ocurría un siniestro vinculado a la actividad de una empresa, junto al causante procesaban al gerente de la empresa, esto paulatinamente está cambiando pues creemos que, quien es cabeza de la organización, no puede ni debe responder por absolutamente todo lo que ocurra al interior, existen defectos de organización empresarial y defectos en la organización de cada ser humano.

A nivel jurídico, sobre todo en el ámbito jurídico penal, existen una serie de cuestionamientos acerca de si es posible imputar a una empresa un delito cometido en

⁶⁶ Grupo Iberoamericano de la práctica de compliance. *Práctica de Compliance en Latinoamérica: estado actual de la legislación anticorrupción y otras*, Bogotá, 1ra edición 2015, autores y editores, p. 14.

el seno de la organización pese a contar con un programa de prevención. A continuación, nos detendremos en analizar por qué se formulan estos cuestionamientos.

Es posible también que, luego de la comisión de un ilícito penal en el seno de la organización empresarial o aprovechándose de la actividad corporativa, el Estado pueda utilizar el programa de prevención implementado, como un mecanismo probatorio en perjuicio de la propia empresa que lo implementó, si este punto de vista prosperase ninguna organización procedería a implementarlo. Al respecto, Paulo César Busato sostiene:

“La clave de la cuestión es que si pensamos que al Derecho Penal- y por ello, al Estado- incumbe lidiar con los ataques mas graves a los bienes jurídicos mas importantes para el desarrollo social de las personas, no parece lógico teniendo en cuenta que muchos de los casos mas graves a ofensas a bienes jurídicos de los ultimos tiempos tienen relación con las personas jurídicas, que se entregue a ellas mismas la posibilidad de definir que pruebas se va a recoger para la apuración de responsabilidad en tales casos”⁶⁷ .

En efecto, el autor afirma que existiría una contradicción lógica al delegar precisamente a las empresas la labor de delimitación de sus propios riesgos, lo cual les podría generar contingencias legales a futuro.

Los programas de *compliance* son en puridad instrumentos que tiene la empresa y en última instancia el Estado, para controlar debidamente una actividad, pero estos son el resultado de una serie de mecanismos y de obligaciones autoimpuestas por las propias empresas a su actividad. Su formulación se realiza de este modo porque el Estado reconoce que existen limitaciones, tanto presupuestales como de conocimiento y especialización para controlar, auditar y supervisar *ex ante* actividades que se desarrollan y que cuentan con procedimientos muy específicos, con tecnología e innovación constante.

Entonces, podemos decir que las conductas empresariales que se esperan han sido delimitadas por las propias organizaciones, es decir que el Estado va a supervisar lo que la misma organización ha identificado como punto de riesgo, y se va a adecuar a lo

⁶⁷ BUSATO, Paulo César “Lo que no se dice sobre criminal compliance”. En Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad ISSN 2531-1565. Véase en www.ejc-reeps.com.

indicado de propia iniciativa por la organización misma. Esto podría ser atentatorio al principio de legalidad en el extremo de determinación o incluso mandato de taxatividad exigido por la ley penal⁶⁸.

El principio de legalidad ostenta una serie de garantías para Santiago Mir Puig, en el siguiente sentido:

“La garantía criminal exige que el delito (=crimen) se halle determinado por la ley (nullum crimen sine lege). La garantía penal requiere que la ley señale la pena que corresponde al hecho (nulla poena sine lege). La garantía jurisdiccional exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial y según un procedimiento legalmente establecido. La garantía de ejecución requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule (...)”⁶⁹

Señala el autor que, conforme al principio de legalidad, es delito toda conducta que sea calificada como tal por la ley penal previamente escrita, cierta y estricta, solamente de este modo puede asignársele a dicha conducta una sanción conocida como pena.

A primera impresión esta exigencia parece estar clara, sin embargo cuando por las propias falencias del idioma o por cuestiones de técnica legislativa no se puede delimitar con absoluta claridad las conductas punibles, acudimos a una serie de categorías que hacen viable su cabal entendimiento, por ejemplo, la ley penal en blanco o la remisión a normas administrativas.

Siendo que la ley penal a lo largo de la historia ha sido diseñada para imputar responsabilidad a personas físicas, y la teoría del delito supone categorías estructuradas eminentemente para personas naturales por el desarrollo de actividades que pueden ser analizadas con una base ontológica muy clara, creemos que uno de los primeros problemas que presenta la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el modo en que las mismas deben responder sin recurrir a las categorías de conducta, tipicidad, antijuridicidad y sobre todo culpabilidad.

⁶⁸ Sobre el principio de determinación y el mandato de taxatividad revisar el libro de CASTILLO ALVA, José Luis Principios de Derecho Penal Parte General, Gaceta Jurídica, Lima 2002, pp. 67 y siguientes.

⁶⁹ MIR PUIG, Santiago Derecho Penal Parte General, 5ta edición, Barcelona 1998, p. 77.

En consecuencia, la imputación de responsabilidad a la persona jurídica supone la utilización de categorías distintas para responsabilizar a una estructura empresarial cuando en el seno de su organización se comete un delito.

Toda norma legal que tipifica una conducta como delito, en abstracto, contiene en su estructura un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, el supuesto de hecho es la descripción, lo más detallada posible, de la conducta prohibida, dicha descripción debe encontrarse en la propia norma penal, salvo que sea imposible por tratarse de falencias del lenguaje, por ejemplo cuando un extremo del supuesto de hecho deba ser completado por una norma administrativa, caso que denominamos ley penal en blanco, que debe observar ciertos requisitos, el más importante es que la norma administrativa que completa el supuesto de hecho delictivo tenga, por lo menos, rango de ley.

Sin embargo, resulta que la inobservancia de un programa de cumplimiento podría justificar una imputación por un delito, en ese caso podríamos estar ante un escenario en el que el supuesto de hecho (conducta ilícita) estaría siendo completada por un dispositivo que no emana del Estado sino de la propia estructura empresarial, lo cual resulta muy discutible.

Otra observación de índole legal es la falta de claridad en la delimitación del destinatario de la prohibición normativa, es decir: ¿qué persona al interior de la organización debe responder por un delito cometido en el seno de la organización y cuyo riesgo no fue adecuadamente previsto?.

Explicamos este punto con un caso: en el marco de una contratación pública, Juan Marquez es Gerente de Contrataciones con el Estado de una empresa, quien decide mejorar la posición de su empleadora y para ello logra ponerse de acuerdo con el funcionario público a cargo, le entrega USD 50 mil dólares a cambio de quedar seleccionado para la contratación, toma el dinero del presupuesto que tiene permanentemente asignado pero sobre el cual nadie realiza labores de control y auditoria, logrando así adjudicarse la buena pro y a la vez mejorando su posición personal toda vez que por el éxito en la contratación obtiene un bono de USD 100 mil dólares.

En el caso sometido a análisis, obviamente Juan Marquez debe responder penalmente por un delito contra la administración pública. Por lo que, corresponde preguntarnos

adicionalmente quién más debe responder penalmente y bajo qué reglas. En este sentido, nos surgirán las siguientes dudas:

- ¿Debe acaso responder penalmente el Gerente General de la empresa, por no haber supervigilado la conducta de Juan Marquez?
- ¿Deben responder penalmente los accionistas de la empresa?.
- ¿Deben responder penalmente los miembros del directorio de la empresa?
¿Bajo qué título de imputación?
- ¿Debe acaso responder el *compliance officer*?
- ¿Debe responder penalmente la persona jurídica? ¿Bajo que reglas de imputación?

Como podemos observar, la implementación de un programa de prevención-*compliance* supone mejoras a nivel estructural y la elevación de estándares de diligencia en el desempeño de una actividad, pero puestos ante un caso de comisión de delitos, la imputación supone una serie de reglas que aún no se encuentran delimitadas y una eventual sanción podría ser atentatoria al principio de legalidad material en su vertiente de principio de determinación, así como respecto del mandato de taxatividad.

2.2.3) **Justificación en sentido ético: La autorregulación como autoimposición de responsabilidades de la empresa más allá de lo exigido genéricamente por la norma estatal.**

La vertiente positiva del fin preventivo del Derecho consiste en la generación de confianza en los ciudadanos respecto a que el sistema jurídico funciona a fin de posibilitar una convivencia pacífica. Esta idea se aplica también en escenarios empresariales con una conciencia social claramente definida.

En el desarrollo de una actividad corporativa, en donde cada persona de la empresa se percibe a sí mismo como integrante de una estructura honorable, estos miembros subjetivamente sienten también el deber de comportarse conforme a los estándares necesarios para el buen funcionamiento de la empresa a la que pertenecen.

Existe en los seres humanos, individual o corporativamente organizados, un deber de actuar de la mejor forma posible, no sometiéndose solamente a las leyes positivas que establecen un estándar mínimo de conducta sino un deber de “aportar” para mejorar, pues rebajar la convivencia al mínimo legalmente requerido implica intrínsecamente el desprecio por lo verdaderamente valioso: el ser humano y el mundo circundante.

En el caso de las organizaciones empresariales la línea ética es la misma: tratar de afectar lo menos posible a los terceros y además a quienes forman parte de la estructura empresarial, pero además mejorar la vida de los ciudadanos circundantes, para esa correcta determinación existe la debida diligencia durante la identificación de riesgos, esto es lo que le da contenido al término: buen ciudadano corporativo.

La libertad de los seres humanos no es absoluta y el modo en que adecúan sus conductas normalmente tienen ciertos límites fijados bien por el interés comunitario, bien por los derechos de quienes viven a su alrededor.

De ese modo podemos concebir que cualquier factor o actividad que eleve las posibilidades de modificar la convivencia pacífica está obligado a, por lo menos, intentar menguar esos factores de riesgo que podrían eventualmente quebrar el equilibrio natural de las cosas.

Para Immanuel Kant:

“ (...) Todo ser racional ha de obrar como si merced a sus máximas fuera siempre un miembro legislador en el reino universal de los fines. El principio formal de esta máxima es éste: obra como si tu máxima fuese a servir al mismo tiempo de ley universal (de todo ser racional). Un reino de los fines sólo es posible por analogía con un reino de la naturaleza, si bien en el primero todo se rige según máximas o leyes autoimpuestas y en el segundo según leyes de causas eficientes cuyo apremio es externo”⁷⁰.

Para el citado autor existe una ley universal que señala que se debe obrar según los máximos niveles esperados en virtud de la dignidad de la humanidad, esto a su entender es un imperativo, aunque los demás no lo hagan, pues hacerlo incrementa el valor

⁷⁰ KANT, Immanuel. *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* (1785), Fundamentación para una metafísica de las costumbres, versión castellana y estudio preliminar de Roberto Aramayo, Alianza Editorial, Madrid, 2002, p. 154.

intrínseco de la voluntad humana, de lo contrario los seres humanos nos someteríamos solamente a las leyes naturales de las necesidades, lo cual generaría caos y desorden.

Entendemos entonces que las leyes dadas por los hombres en instrumentos positivos no son las únicas que debemos observar a fin de construir una sociedad que funcione adecuadamente, el respeto por el derecho de los demás nos impone deberes positivos, pero también negativos que resulta necesario explicar brevemente.

John Rawls señala:

“(…) existen muchos deberes naturales positivos y negativos. Los siguientes son ejemplos de deberes naturales: el deber de ayudar a otro cuando lo necesita o está en peligro, siempre y cuando se pueda hacerlo sin riesgo o pérdida excesivos, el deber de no dañar o perjudicar a otro, el deber de no causar sufrimiento innecesario. La distinción entre deberes positivos y negativos es en muchos casos intuitivamente clara, aunque a menudo es difícil ... si la estructura básica de la sociedad es justa, o todo lo justa que es razonable esperar según las circunstancias, todos tienen el deber de cumplir con su parte conforme al esquema existente”⁷¹ .

Los deberes positivos y negativos forman parte de los deberes que como ciudadanos y en cumplimiento de nuestros roles tenemos que asumir, en ese sentido existirán deberes derivados del rol de padre de familia, de trabajador, de hijo, de miembro de la comunidad y desde luego deberes positivos y negativos (genéricos y específicos) derivados del rol de empresario, que deben cumplirse no solo por encontrarse en una ley que lo diga y que acarree sanción, sino porque forma parte de la estructura social y permite la convivencia pacífica, ahora bien, no es materia del presente estudio determinar si el quebrantamiento de dichos deberes acarrea consecuencias penales, ese es un tópico mucho más detallado que no pretendemos abordar por el momento.

Frente al reconocimiento del Estado, respecto de su capacidad limitada para regular y controlar las actividades empresariales, sobre todo aquellas que resultan ser novedosas, especializadas o basadas en innovaciones tecnológicas, se entrega a las empresas la obligación genérica de que adecue su actividad a los estándares estatales

⁷¹ RAWLS, John. *A Theory of Justice* (1971), Teoría de la justicia, versión en español del Fondo de Cultura Económica, segunda reimpresión, España 1997, p. 116

igualmente genéricos y que, sobre el ámbito específico, se autorregule. Para ello, cada empresa deberá trazarse una metodología de regulación: primero, identificando las aristas riesgosas de su actividad y, luego tomando medidas para mitigar estos riesgos de manera permanente con controles periódicos y con personas determinadas para el buen cumplimiento de tales controles. Frente a ello, las empresas pueden escoger una de las dos siguientes opciones:

- Que la empresa vea en el encargo de implementación de un programa de *compliance* solo una genérica obligación legal y elabore un documento a fin de cumplir con la exigencia de la ley bajo determinados parámetros simbólicos o,
- Que la organización empresarial identifique con claridad cada extremo riesgoso de su actividad, los plasme en un documento (autoimponiéndose obligaciones), oriente a su personal a fin de tomar las medidas necesarias y controle permanentemente el cumplimiento de las medidas adoptadas basándose para todo ello en los conocimientos especiales derivados de la actividad que desarrolla.

Sea uno u otro el camino tomado por la empresa, si no existiere daño o ilegalidad alguna que ocurriese, los dos programas tendrían exactamente el mismo resultado: la adecuación de la empresa a la exigencia prevista por el Estado.

Surgen entonces las siguientes interrogantes:

- ¿Qué motiva a las empresas a elaborar un programa de *compliance* verdadero en contraposición con uno que simplemente cumple con la exigencia legal?
- ¿Para qué sirve un programa de *compliance* elaborado con los más altos estándares tomando como referencia los conocimientos especiales derivados de la actividad específica que desarrolla una empresa?
- ¿Con un excelente programa de *compliance* la empresa está realmente cubierta frente a eventuales contingencias legales de índole penal?

Cuando un ser humano diseña su actividad diaria trata de seguir las siguientes directrices de comportamiento: i) Cumplir la ley, manejando a una velocidad adecuada, deteniéndose frente a la luz roja, caminando por la vereda y cruzando por las líneas cebra, y ii) Tomar sus propias precauciones, adelantándose a los riesgos que no se

encuentran en la ley, como puede ser el evitar pasar por caminos en mal estado, cerrando la ventana en lugares con ladrones, llevando paraguas y zapatos especiales en caso de lluvia.

En el caso de una persona jurídica sucede un fenómeno semejante, pero con diferente valoración: la empresa debe cumplir con las exigencias legales y además con las obligaciones que se ha autoimpuesto luego de identificar los extremos riesgosos de su actividad, utilizando para ello los conocimientos especiales adquiridos a consecuencia de la actividad específica que realiza, los conocimientos técnicos que se requieren y la experiencia en el desarrollo de tal actividad.

Sobre este punto, Andres Diaz Arana afirma:

“(...) debe tomarse por conocimiento especial aquél que distando del ordinariamente esperado para el adecuado desempeño de un rol social bien sea por su naturaleza o por el grado en el cual se presenta, sea accesible únicamente por vías que supongan el ejercicio de otro rol social particular. Únicamente de este modo se da cuenta de una diferencia trascendental a la hora de estudiar la relevancia de un conocimiento para la determinación del deber de cuidado: para que un conocimiento sea excluido de la exigencia general de su activación, éste debe ser tanto material como formalmente especial.”⁷²

Para el mencionado autor los conocimientos especiales los poseen determinados actores que tienen capacidades mayores al rol social que se les asigna, siendo discutible para él, que la determinación del deber de cuidado se fije en atención a esa diferencia fundamental, alejada de la exigencia general.

Sin embargo, creemos que son precisamente los conocimientos especiales, los que hacen la diferencia al momento de elaborar un programa de prevención, pues se trata de identificar, consignar y controlar aquellos riesgos que se han podido advertir en el desempeño de una actividad específica y particular, y cuyo riesgo simplemente no puede ser identificado por el aparato estatal.

⁷² DIAZ ARANA, Andres Felipe “La relevancia de los llamados conocimientos especiales en el determinación de la violación al deber objetivo de cuidado”, en: Cuadernos de Derecho Penal ISSN-2027-1743, enero -junio 2014

En ese sentido se manejó también la idea del *good corporate citizenship* (buen ciudadano corporativo) entendido como el impacto positivo que tiene una organización empresarial en el medio en el que desarrolla sus actividades sin afectar o impactar negativamente en los demás actores sociales⁷³.

Ahora bien, el margen de discrecionalidad que posee la empresa al momento de la elaboración de un programa de prevención – *compliance* – y con ello el reconocimiento de riesgos específicos en atención a los conocimientos especiales que poseen los integrantes de dicha organización, genera una ponderación entre los intereses empresariales y el bienestar de la operación, la tranquilidad de los trabajadores y la seguridad de terceros por eventuales contingencias a futuro, es aquí en donde la ética cumple un rol fundamental.

Para Tom R. Tyler:

“¿Qué se puede hacer para minimizar la probabilidad de un comportamiento ilícito en el mundo de las organizaciones con fines de lucro y la regulación corporativa? En este análisis defiende la importancia de los valores, en particular de la legitimidad como una característica central del Derecho, particularmente en relación con regulación de los negocios. Me centraré en por qué la legitimidad a menudo se debilita y, a la inversa, cómo se puede mantener de manera más eficaz. En primer lugar, la legitimidad es importante para la regulación interna, ya que las empresas con culturas éticas que son interiorizadas por los empleados que son menos propensas a cometer actos ilícitos. Segundo, también es importante para la regulación externa porque es fundamental para la voluntad de las personas obedecer la ley y seguir las políticas y prácticas impuestas por las autoridades legales a las organizaciones con fines de lucro”⁷⁴.

El autor otorga una particular y especial relevancia a los valores y a la cultura ética que son también interiorizados por los integrantes de la estructura empresarial, los

⁷³ Sobre los antecedentes y referencias del término “buen ciudadano corporativo” véase REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Compliance y Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Lima, Ideas, 2018, p. 213

⁷⁴ TYLER, Tom “La importancia de los valores morales en la reducción de la criminalidad empresarial”, en: ROJAS VARGAS, Fidel (Dir.), *“Compliance aplicado al Derecho penal”*, Ideas, Lima, 2019, p. 164

trabajadores se identifican con las buenas prácticas y se adecúan a las mismas obedeciendo las normas que regulan la actividad.

Resulta importante señalar que un extremo riesgoso de cualquier actividad empresarial podría ser identificado por una pluralidad de personas al interior de la organización, en ese sentido los operarios, los jefes de sector, los gerentes e inclusive el personal de limpieza pudiere saber perfectamente un extremo delicado de la operación.

Por tanto, la toma de las mayores previsiones será el camino más seguro, tanto para la generalidad de las personas como para el mejor funcionamiento de la empresa.

Siendo ello así, la ética en el diseño será una de las bases al momento de elaborar un programa de cumplimiento verdadero, que lo diferencia del mero cumplimiento de requisitos formales, un programa de compliance que realmente sirva para identificar y mitigar los riesgos inmanentes a la actividad empresarial, cualquiera sea esta. La forma de actuación en el sentido antes descrito, al interior de la organización, generará confianza en el empresario y en todos los que se encuentran alrededor de su actividad.

Conforme con lo antes señalado, planteo la siguiente hipótesis: la diligente identificación de riesgos penales, basada en los conocimientos especiales es un primer paso importantísimo en la elaboración de un programa de *criminal compliance*, por dos razones.

En primer lugar, es una herramienta dirigida a gestionar los niveles de riesgos de una actividad empresarial específica y, en segundo lugar, esta diligencia identificación de riesgos es la base para desvirtuar o matizar la imputación penal dirigida a la persona jurídica.

Sin embargo, consideramos que la identificación de riesgos penales es una actividad que nunca llega a culminarse, sino más bien se realiza de forma permanente y de acuerdo a la complejidad de la actividad empresarial y al avance de la tecnología aplicada a los procesos productivos.

Creemos finalmente que es absolutamente necesario empírica, jurídica y éticamente incorporar los conocimientos especiales en la identificación de riesgos penales como parte de una debida diligencia corporativa.

Como consecuencia de la justificación anteriormente brindada, resulta importante que analicemos el contenido operativo que trae consigo la incorporación de conocimientos especiales en la identificación de riesgos penales. Así, por ejemplo, resultará relevante que nos preguntemos en qué momento debe plantearse la creación de este deber luego de que la empresa acepta su autorregulación (primer paso), quién es la persona encargada de verificar la incorporación de los conocimientos especiales y, sobre todo, cuáles son las consecuencias prácticas en la imputación penal de una persona jurídica.



3.- EL USO DE LOS CONOCIMIENTOS ESPECIALES COMO HERRAMIENTA EN LA IDENTIFICACIÓN DE RIESGOS PENALES, COMO BASE PARA LA ELABORACIÓN DE UN MODELO DE PREVENCIÓN PENAL (*CRIMINAL COMPLIANCE*).

Luego de justificar la necesaria incorporación de los conocimientos especiales en la identificación de riesgos durante la elaboración de un programa de *compliance*, consideramos oportuno señalar cuáles son las principales consecuencias prácticas de ello.

Para esto, hemos dividido el presente capítulo en dos apartados. En el primero señalamos el contenido específico del deber de identificación de riesgos al interior de una persona jurídica, con la finalidad de identificar aspectos relevantes en la práctica para quienes ponen este deber en marcha o, incluso, así como para quienes deben verificar si la obligación de identificación de riesgos fue realizado adecuadamente.

En el segundo apartado nos detenemos a analizar las referidas consecuencias desde la breve revisión del caso peruano denominado Graña y Montero, mencionando cómo estos conceptos podrían ser de utilidad al momento de determinar el alcance de su modelo de prevención (*compliance*) para el juez penal.

3.1. Aproximación teórica de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales

Desde nuestra perspectiva, la identificación de riesgos penales es un trabajo transversal y permanente, que deben impulsar los principales integrantes de toda estructura empresarial, para el correcto desempeño de su actividad y durante cada etapa del proceso productivo.

La identificación de riesgos penales tiene como objetivo tomar atención en aquellos extremos que resultan sensibles dentro de la actividad empresarial, por ser “puntos débiles”, al tratarse de los eslabones en donde podrían cometerse delitos utilizando a la estructura empresarial, que es precisamente lo que se busca evitar.

Para una correcta identificación de riesgos penales no basta centrar nuestra atención en las normas regulatorias y sectoriales brindadas por el Estado a través de sus distintas entidades, pues hemos partido de reconocer que el intento de regulación del Estado es actualmente insuficiente.

En esta tarea de identificación es necesario un *plus*, un adicional, un elemento que eleve el estándar de la regulación estatal, y que se aplique a una actividad en concreto, ese elemento lo brinda precisamente el conocimiento especial que tiene la organización empresarial, respecto de la actividad que desarrollan.

La identificación de riesgos penales como primer paso en la elaboración de un programa de gestión de riesgos penales no se agota al elaborar un simple listado de contingencias potenciales en el desarrollo de la actividad económica, sino que, por el contrario, es una tarea permanente y ordinaria de quienes integran la persona jurídica, en ese sentido mientras más conocimientos especiales tengas respecto de determinada actividad, se habrá identificado con mayor claridad los riesgos que acarrea la misma.

En ese sentido, la identificación de riesgos penales debe realizarse cada vez que se inician operaciones o en el replanteamiento de sus actividades, resulta entonces necesario conocer cómo y cuándo debe realizarse esta labor, apoyados siempre en los conocimientos que se poseen en la actividad específica, para ser calificada como un comportamiento corporativo diligente.

El ser humano tiene la tendencia a asumir los riesgos como connaturales a la vida colectiva, o confiar en que los mismos jamás se concretarán en resultados dañosos, es decir que, en situaciones ordinarias, el hombre suele creer que todo va a estar bien. Ese mismo pensamiento se traslada a la persona jurídica.

Sin embargo, la realidad es diferente, todos los días suceden actos de corrupción iniciados y gestados por miembros de corporaciones, accidentes en el tráfico rodado en donde la protagonista es una empresa de transporte, incendios de fábricas, intoxicaciones masivas por consumo de productos defectuosos e incluso grandes contaminaciones derivadas de actividades extractivas por citar algunos ejemplos.

En todos estos casos, las empresas que manejan fondos deben identificar en qué etapa de su actividad es posible el desvío de dinero no controlado, las empresas de transporte

deben conocer las condiciones mecánicas de los vehículos y las condiciones laborales de los choferes, finalmente las empresas dedicadas a una actividad extractiva debe conocer la correcta manipulación y uso de productos altamente nocivos, estos conocimientos van, en muchas ocasiones, más allá de lo que el Estado puede controlar.

Así pues, creemos que una clasificación coherente acerca de la naturaleza de los riesgos que pueden existir alrededor de las operaciones de una actividad económica, es la siguiente:

- a) Los riesgos que son consecuencia de una actividad económica de producción de bienes. En este sentido, deberán evaluarse o ponderarse aquellos riesgos provenientes de los daños patrimoniales a los bienes de la empresa, activos, lesiones provenientes de la actividad productiva a trabajadores o terceros, contaminación y riesgos colaterales a escenarios de mayor complejidad que, por ejemplo, requieran del uso de tecnología. En aquellos casos en los que estemos ante la producción masiva de bienes, deberá considerarse el uso de la tecnología como posible fuente de nuevos riesgos.
- b) Los riesgos derivados de la prestación de servicios, por ejemplo, en la prestación de servicios defectuosos, incompletos o engañosos.
- c) Los riesgos derivados de la comisión de actividades ilícitas, sean infracciones administrativas o delitos que pudieren cometer los integrantes de una estructura empresarial, utilizando la misma para viabilizar su ilícito accionar.

Atendiendo a la clasificación antes mencionada sobre los riesgos inmanentes a las actividades empresariales, corresponde que ahora nos avoquemos al desarrollo de una debida diligencia en la identificación de riesgos penales basados en los conocimientos especiales de la propia organización empresarial. Para ello, vamos a desarrollar el contenido acerca del cómo, en qué momento debe darse y quiénes son los obligados a ejecutar debidamente este deber de diligencia de identificación de riesgos penales basados en conocimientos especiales.

3.1.1) El momento oportuno para la identificación de riesgos penales basados en conocimientos especiales durante la implementación de un modelo de prevención penal (*criminal compliance*)

Tal como tuvimos ocasión de analizar anteriormente, el denominado *buen ciudadano corporativo*⁷⁵ tiene una serie de características frente a los demás. Entre sus cualidades se encuentra tener un equilibrio entre su actividad y la comunidad, responsabilidades sociales de cautela, respecto de su propia conducta y respecto de terceros.

Es para este buen ciudadano corporativo, para quien resulta importante trabajar bajo la visión de que los riesgos asumidos por su estructura deben ser solo los absolutamente necesarios y estrictamente controlados.

Es para esta organización, con una línea corporativa responsable, para quien resulta fundamental identificar los riesgos de su actividad con la mayor precisión posible y tomar las medidas razonables para menguar dichos riesgos, para ello se sirve de los conocimientos especiales que poseen en el rubro específico al que están dirigidos.

Cuando una empresa decide asumir ese compromiso, identifica y reconoce frente a la administración, cuáles son los riesgos penales derivados de su actividad específica, nos encontramos frente a lo que la doctrina denomina “autorresponsabilidad empresarial”⁷⁶.

El momento oportuno para emprender la tarea de identificar los riesgos penales derivados de una actividad económica resulta fundamental para una empresa, pudiendo coincidir con el momento de inicio de las operaciones o, por el contrario, estando con operaciones en curso, puede coincidir con el momento en que la organización empresarial adopta un cambio en su filosofía de gestión.

Este último supuesto implica que la empresa ha desarrollado actividades económicas sin tener en cuenta “oficialmente” los riesgos creados o elevados, pero debido a un cambio en su sistema de gestión se ha dejado de lado la identificación intuitiva de los riesgos y ahora se enfocan en un trabajo de identificación exhaustivo, riguroso y declarado a las autoridades.

El momento oportuno para la identificación de riesgos depende de la perspectiva y de las directrices de la organización empresarial. En el caso peruano, una empresa podría

⁷⁵ REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Compliance* y Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Lima, Ideas, 2018, p. 213

⁷⁶ PALMA HERRERA José Manuel, Ob cit. P., 83.

funcionar perfectamente sin haber identificado dichos riesgos y confiando en que un daño derivado jamás acontecerá, pudiendo ser así efectivamente. No obstante, en caso ocurriera un hecho dañoso las consecuencias de no haber implementado un sistema de prevención podrían ser devastadoras para la actividad económica.

3.1.2) Las personas encargadas de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales y su verificación

Además del momento oportuno para la identificación de los riesgos penales, otro extremo importante es determinar ¿sobre qué personas deben recaer el deber legal para la identificación de los riesgos penales derivados de una actividad empresarial?.

La tarea de identificación: ¿debe acaso formar parte de los deberes del gerente general, de un gerente de riesgos específico, de los accionistas de la empresa o depende de cada trabajador considerado como parte de una estructura organizacional?

El deber de identificación de riesgos recae directamente en aquellos que son los titulares de la operación empresarial, ellos son por tanto, los obligados a tomar las medidas para que no se materialicen externalidades derivadas de su actividad.

Es decir que, serán aquellos que tengan capacidad de tomar decisiones sobre el devenir mismo de la persona jurídica, gerente general y miembros del directorio si este existiere, sobre quienes recae el deber legal de identificación de riesgos.

Ahora bien, sabiendo que los deberes legales recaen sobre determinadas personas, dependiendo del modo en que se estructure la empresa es absolutamente viable entregar parte de la labor de identificación de riesgos a personas especializadas externas a la organización para que en coordinación con los actores involucrados en el proceso productivo sean quienes identifiquen los riesgos, todos ellos basados en sus conocimientos especiales de la experiencia y de la práctica habitual.

Es decir, que la tarea puede ser realizada por especialistas, pero el deber legal de que se realice adecuadamente siempre recaerá en los titulares de la operación empresarial (Gerente y miembros del Consejo Directivo si lo hubiere).

Resulta de vital importancia determinar ¿quién o quienes deben avocarse a la tarea de identificar los riesgos derivados de la actividad desarrollada?, es decir, ¿qué persona o personas son las más idóneas para darse a la tarea de identificar los riesgos que se derivan de la actividad económica que se encuentra en curso?

Al tratarse de identificación de riesgos penales, se tiende a creer que un Abogado de la especialidad penal es el único capaz de realizar dicha labor, respecto de un proceso productivo en el ámbito empresarial, creemos que dicha labor le corresponde más bien a un equipo interdisciplinario que tenga conocimiento de todas las áreas en las que se desarrolla la empresa, es decir que corresponde a una pluralidad de personas que conozcan:

- El proceso productivo de la empresa.
- El modelo de contrataciones con proveedores que maneja la empresa.
- El modelo para contrataciones de trabajadores que sigue la persona jurídica.
- El sistema bajo el cual llegan a los consumidores finales.
- Las medidas de seguridad interna para el manejo de materias primas.
- El régimen de toma de decisiones internas.
- El modelo interno para participar en procesos de selección en materia de contrataciones con el Estado.

En consecuencia, la data que se necesita para identificar riesgos, en cada ítem reseñado anteriormente, no se maneja por una sola persona, menos exclusivamente por personas ajenas a la estructura empresarial.

Creemos que, dependiendo de la actividad a la que se dedique la persona jurídica, el trabajo de identificación de riesgos debería ser encargado a Abogados, ingenieros, técnicos y/o profesionales en determinadas áreas vinculadas directamente con el proceso productivo específico y asesores externos, esta es la base de los conocimientos especiales en los que se basa el deber de identificación de riesgos de la actividad a la que se dedica la empresa.

Miguel Ontiveros señala:

“ (...) debe quedar claro que el líder – en el diseño de un programa de criminal compliance- debe ser un experto en el área penal, pues solo éste conoce la

configuración de un delito, las estrategias para evitarlo, pero también las implicancias procesales que el CCP tiene en el marco del proceso penal.

A estas circunstancias se suman las relativas a cuestiones de constitucionalidad y procesales, pues si no se domina la materia penal es probable que alguna política interna pueda ser jurídicamente cuestionada o, más grave aún, configurar un delito imputable a la organización. Piénsese solamente en la toma de declaraciones a miembros de una empresa, la intervención de comunicaciones y hasta la propia imposición de una consecuencia jurídica al interior del ente colectivo. Todo ello debe estar bien cimentado desde la perspectiva jurídico penal” ⁷⁷.

Coincidimos con el mencionado autor, para la implementación de un programa de *criminal compliance*, el líder del equipo debe ser un Abogado entendido en materia penal, pero mantenemos nuestra posición al afirmar que, el equipo no solamente debe estar integrado por Abogados.

Adicionalmente a ello, en la tarea de identificación de riesgos, como parte del proceso de implementación de un programa de *criminal compliance*, es importante la participación del futuro oficial de cumplimiento (*compliance officer*) a fin de tomar cabal conocimiento de las tareas que más tarde estará obligado a cautelar.

Ricardo Robles Planas nos dice:

“Se trata simplemente de saber si el responsable de cumplimiento asume de forma originaria el deber de impedir que se cometan delitos en la empresa, en cuyo caso su omisión le reportaría responsabilidad en comisión por omisión por el delito cometido, o bien si ello es ajeno a su cargo contractualmente aceptado. Pues bien, esta pregunta se resuelve fácilmente: no existe una posición de garante original del responsable de cumplimiento por los delitos que se cometan en la empresa. Los deberes primarios que le incumben se reducen a evaluar los riesgos e implementar un programa de cumplimiento acorde a aquella valoración, a vigilar el cumplimiento del programa, a formar a los trabajadores y

⁷⁷ ONTIVEROS ALONSO, Miguel. Manual básico para la elaboración de un *criminal compliance program*, Tirant Lo Blanch, Mexico, 2018, p. 18

a informar a la dirección de la empresa del desarrollo, incidencias y eventuales riesgos detectados en su actividad”⁷⁸.

El autor antes citado parte de asumir que quien se designe como *compliance officer* no ha participado del diseño primigenio del programa de criminal compliance, menos de la tarea de identificación de riesgos, en consecuencia su labor se circunscribiría (conforme al mencionado autor) a una responsabilidad de supervisión por delegación.

Si bien es posible entregar el encargo de *compliance officer* después del diseño del programa de criminal compliance, esto supone que el encargado por delegación tendrá que aprender lo que terceros construyeron en el diseño de buenas prácticas empresariales de su organización. Por esta razón creemos que lo ideal sería que tan importante cargo sea desempeñado por una persona que haya intervenido previamente en la identificación de riesgos y el diseño de buenas prácticas, a fin de que pueda seguir implementando progresivamente tal programa.

3.1.3) El contenido de la incorporación de los conocimientos especiales en el deber de identificación de riesgos penales y su verificación

El proceso productivo de una organización empresarial tiene una serie de aristas que se vinculan con los proveedores, contratación de personal, capacitación permanente, acondicionamiento y condiciones básicas de salubridad y contrataciones necesarias para sostenerse en el mercado, las decisiones en estas etapas corresponden a los que dirigen la empresa.

En el mismo sentido, el deber de identificación recae en quienes toman las decisiones de la empresa, es decir, en la línea gerencial vinculada a la toma de decisiones y los miembros del Consejo directivo de la persona jurídica.

La identificación de riesgos penales es una labor en la que pueden participar todos los miembros de la organización empresarial, en el entendido que en cada peldaño del proceso productivo y en cada conducta desarrollada por el ser humano puede existir un

⁷⁸ ROBLES PLANAS Ricardo “El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el derecho penal” en Criminalidad de empresa y *compliance*: prevención y reacciones corporativas. Dir. SILVA SANCHEZ Jesús María, Libros jurídicos Atelier , Barcelona 2012, p. 321.

riesgo, y en muchas ocasiones simplemente nadie se percató de la existencia del mismo.

Ivó Coca Vila señala:

“En primer lugar, los programas de cumplimiento deberán identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos. Es decir, los programas habrán de contener una identificación de todos y cada uno de los riesgos que cabe esperar a tenor de la actividad propia de la persona jurídica. Se trata, en el argot de los sistemas de prevención, de configurar un “mapa de riesgos” lo más completo y exacto posible, pues solo la empresa que se conoce a sí misma puede autorregularse de manera eficaz. Este análisis identificará y evaluará los riesgos de la empresa en función del tipo de actividad, de clientes, países, productos, servicios, operaciones, tomando a su vez en consideración variables como el propósito de las relaciones de negocio, su duración o el volumen de las operaciones”⁷⁹

El mencionado autor, partiendo de comentar la legislación española, afirma que la configuración de un mapa de riesgos con los más elevados estándares – acorde con la organización - resulta absolutamente necesario, siendo según su entender, que cada empresa tiene particularidades que la hacen diferente de las demás. En ese sentido, las personas que se encuentran en el interior de la organización serían las más idóneas para identificar tales riesgos atendiendo a las peculiaridades de su actividad.

Por su parte, Jorge Marti afirma:

“Consideramos que el mapa de riesgos debe ser el documento nodriza de la empresa para la toma de decisiones respecto al programa de gestión de *compliance* y, como tal, no solo debe redactarse con anterioridad a la preparación del resto de documentos del programa de *compliance*, sino que debe actualizarse periódicamente para que refleje los riesgos concretos de la

⁷⁹ COCA VILA, Ivó “Los modelos de prevención de delitos como eximente de la responsabilidad penal empresarial en el ordenamiento jurídico español” en *Compliance y Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas*. Dir. REYNA ALFARO, Luis Miguel, Solución Editorial Ideas, Lima, 2018, p. 154.

empresa en cada momento y se puedan realizar los ajustes necesarios al programa de *compliance* para mantenerlo siempre actualizado”⁸⁰.

Para el mencionado autor, en el mapa de riesgos: (i) se deben introducir todos los riesgos que se hayan identificado al interior de la organización empresarial, (ii) Se deben analizar las causas y hacer una estimación del probable daño reputacional, y (iii) Se debe realizar un cálculo sobre la proximidad de materialización del riesgo.

Esta última posición es coincidente además con lo establecido en el artículo cuarto inciso 7) del decreto Supremo 002-2019-JUS (el reglamento de la ley 30424) cuando menciona como principio de los modelos de prevención, el principio de evaluación continua del riesgo.

Ricardo Abia señala:

“Existen dos metodologías para elaborar una matriz de riesgos o *risk assessment*. Las mismas podrán aplicarse para la elaboración de cualquier sistema de gestión de cumplimiento (...) las metodologías desarrolladas las hemos enfocado dentro del ámbito de la prevención penal corporativa: (i) En primer lugar seguiremos la metodología introducida por el estandar de regulación UNE- ISO 31000:2100 (sobre gestión del riesgo) que nos proporciona los principios y directrices sobre gestión del riesgo basándonos en el criterio de la probabilidad e impacto, y (ii) la metodología tradicional de un *risk assessment* (...) utilizada para evaluaciones de riesgo realizadas bajo el criterio de la puntuación”⁸¹

Siguiendo lo dicho por Abia, la elaboración de una matriz de riesgo conforme al criterio de probabilidad e impacto comprende los siguientes items:

- Identificación de riesgos, sean operacionales, tecnológicos, legales etcétera, se determina con la información de todos los integrantes de la estructura empresarial.

⁸⁰ MARTÍ Jorge y Bolívar Miguel “Mapa de riesgos legales para las empresas ¿de qué forma me afecta como administrador esta nueva reforma penal?” en: Manual Practico de *Compliance*, Dir. Isabel Gimenez Zuriaga, Thomson Reuters, Pamplona, 2017, p. 99.

⁸¹ ABIA Gonzales Ricardo y DORADO Guillermo “Implantación practica de un sistema de gestión de cumplimiento- *compliance management system*” Arazandi, Navarra, 2017. P. 48 y 49

- Análisis de riesgos, sobre la base de probabilidad, teniendo en cuenta antecedentes históricos, población de la empresa que pudiera cometer el delito, probabilidad de que vuelva a ocurrir y la mención a la frecuencia.
- Análisis de riesgos, sobre la base del impacto, valorando para ello el perjudicial impacto económico que podría acarrear para la institución la comisión del delito, la reincidencia y el menoscabo reputacional.
- Evaluación de riesgos, para saber si es posible superarlos o existe de manera inmanente alguno que solo puede ser controlado.
- Tratamiento de riesgos, en donde se debe identificar el nivel de riesgo que quiere aceptar la empresa de acuerdo a su actividad.

Por su parte, la elaboración de una matriz de riesgo, de acuerdo al criterio denominado tradicional, contempla los siguientes aspectos:

- La determinación del riesgo inherente, las cuales varían atendiendo al tamaño de la empresa y al sector en el que desarrolla sus actividades y en el que básicamente se ponderan las características de los empleados, las características del bien manufacturado o del servicio prestado, la peculiaridades de los canales de distribución, la tecnología implementada y la zona geográfica, entre otros.
- La evaluación de los controles internos, se trata de los filtros o controles y su efectividad para reducir los riesgos identificados, ello se puede determinar en el código de ética, políticas y sistemas internos, reglamentos, procedimientos de diligencia debida, protocolos.
- La obtención de riesgo residual, es el nivel de riesgo resultante después de haber aplicado los controles internos, ello sirve para determinar la eficacia de los controles implementados en una estructura empresarial.

Ambos métodos permiten a los integrantes de la empresa, enrumbar la dirección empresarial con mayor grado de conocimiento respecto de su actividad y probables contingencias, suponiendo que con ello se tomen decisiones mejor controladas sobre el impacto que su actividad pudiere tener, en ese sentido los conocimientos especiales adquiridos, bien con la experiencia, bien con la práctica habitual permite elaborar una matriz real que supere los estándares dados por el Estado y que sea un documento de utilidad en caso hubiere algun resultado dañoso derivado de la actividad empresarial.

3.2. Consecuencias prácticas en la imputación penal: caso Graña y Montero y la eventual incorporación de conocimientos especiales en la identificación de riesgos penales

Durante los últimos años en el Perú, los medios de comunicación han dado cuenta de múltiples casos de corrupción en donde los protagonistas son personas naturales y empresas nacionales y extranjeras, en asuntos en los que se debaten montos de dinero exorbitantes y que ha colocado a nuestro país en una situación lamentable en el ámbito internacional. Por esa razón, últimamente ha crecido muchísimo el interés respecto de la ética en el manejo de las empresas. Uno de los casos más emblemáticos es del denominado caso Graña y Montero⁸².

La empresa de construcción más grande del Perú, que fue vinculada con asuntos de corrupción protagonizados por su consorciada Odebrecht entre los años 2016 y 2017 inició en julio del 2017 una campaña mediática muy importante para dar a conocer que estaban cambiando la “forma de hacer empresa” en el Perú, colocando a una persona de mucha trayectoria en el ámbito empresarial, a la cabeza de una nueva área denominada Gerencia Corporativa de riesgos y cumplimiento⁸³.

No obstante haber actuado de ese modo, la información brindada por personas pertenecientes a Odebrecht, su principal consorciada hasta el 2016, iba revelando una serie de eventos vinculados a corrupción, al punto que se tomaron varias medidas:

- El local principal de la empresa fue allanado por el Ministerio Público.
- Los principales accionistas de la empresa fueron detenidos.
- Los bienes de la empresa fueron afectados.

⁸² Sobre la cronología del caso Graña y Montero véase el recuento cronológico desarrollado por el área de Derecho y Empresa de la Pontificia Universidad católica del Perú <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derechoyempresa/2020/10/30/caso-grana-y-montero-y-la-no-aplicacion-de-herramientas-de-buen-gobierno-corporativo/>.

⁸³ El detalle de la noticia, que fue publicada en numerosos medios de comunicación, se puede encontrar en <https://gestion.pe/economia/empresas/grana-montero-nombra-fernando-dyer-gerente-corporativo-riesgos-cumplimiento-136569-noticia/>. Revisión efectuada el viernes 4 de diciembre del 2020 a horas 19:14:52 pm.

- La empresa fue incluida en una solicitud de incorporación en el proceso penal como persona jurídica.

Durante un comunicado, sobre la gerencia recién implementada, el directorio del grupo Graña y Montero señaló lo siguiente: “Su función principal será velar que el grupo efectúe un adecuado “control de riesgos y velar por el cumplimiento de la política interna, particularmente las políticas de ética, conducta y anticorrupción, bajo la supervisión y reporte del comité de riesgos, cumplimiento y sostenibilidad del directorio.”⁸⁴

Es decir que, el adecuado y real control de riesgos sería en adelante la prioridad para desarrollar la actividad empresarial a la que se destinan sus operaciones, siendo ello prioridad bajo las reglas de buen gobierno corporativo y *ethical business*.

Luego de demostrar que la empresa había implementado seriamente los mecanismos de *compliance* penal, identificando los riesgos derivados de su actividad específica y creando procedimientos para evitar, en la medida de lo posible, que hechos de corrupción vuelvan a ocurrir, y finalmente allanándose a las investigaciones, muchas de las medidas que recayeron en perjuicio de la empresa se han flexibilizado.

Respecto del caso Graña y Montero, Rosa Heredia señala:

Demás está decir que la responsabilidad administrativa de una persona jurídica no se puede atribuir de manera automática por el sólo hecho de que sus directivos y empleados incurran en delitos, sino que debe determinarse previo proceso penal en el que se establezca que la persona jurídica no contó con un modelo de prevención idóneo, eficaz y debidamente implementado y/o descuidó su deber de vigilancia y supervisión⁸⁵.

⁸⁴ Véase en <https://semanaeconomica.com/management/gobierno-corporativo/240652-si-hay-un-hecho-delictivo-al-que-le-caiga-el-guante-le-caera>. Revisión del sábado 5 de diciembre del 2020 a horas 08:12:37 am

⁸⁵ HEREDIA MENDOZA, Rosa Lo que mal empieza, mal acaba. A propósito del caso Graña. Artículo publicado el 16 de diciembre del 2020, véase en <http://www.worldcomplianceassociation.com/1386/articulo-lo-que-mal-empieza-mal-acaba-a-proposito-del-caso-grana.html>

Lo antes relatado demuestra que la conducta de la empresa, el trabajo de identificación de riesgos penales y luego, la implementación de un modelo de prevención adecuado a la naturaleza de la actividad y basado en conocimientos especiales, puede ser valorado positivamente por el juzgador. Ciertamente esta historia sigue en curso y los capítulos se continúan escribiendo en las resoluciones del Poder Judicial peruano.



CONCLUSIONES:

1. A lo largo del presente trabajo nos hemos preguntado si los conocimientos especiales deben concurrir en la labor de identificación de riesgos penales durante la fase inicial de elaboración de un modelo de prevención penal (*criminal compliance*) a efectos de lograr cumplir con el deber de debida diligencia que se exige a las personas jurídicas.

Para ello, hemos asumido que este deber supone una elevación de las exigencias impuestas por el Estado para las empresas. En efecto, la realidad económica evidencia que el Estado resulta insuficiente para regular determinadas actividades, debido a limitaciones tecnológicas, territoriales y burocráticas, por esa razón, desde hace algún tiempo viene aceptándose normativamente la propuesta que impulsa la autorregulación, entendida como la asunción voluntaria de deberes de regulación en la actividad empresarial por parte de las mismas organizaciones empresariales, a fin de realizar diligentemente los esfuerzos necesarios para no acrecentar los riesgos inmanentes a su actividad. Esta asunción supone una elevación de los deberes de diligencia, en comparación con los impuestos inicialmente por el Estado.

2. Atendiendo a la pregunta y los presupuestos anteriormente sostenidos, nos formulamos como hipótesis de trabajo que, el cumplimiento de la debida diligencia para las personas jurídicas requiere la incorporación de los conocimientos especiales en la identificación de riesgos derivados de la actividad empresarial, al inicio del diseño del modelo de prevención penal.
3. Hemos verificado el alcance de la hipótesis trazada en el presente trabajo a partir de 3 capítulos. En el primero hicimos referencia al contenido de la debida diligencia como concepto y la hemos delimitado a nivel empresarial. En el segundo capítulo hemos desarrollado los conocimientos especiales como una propuesta a fin de superar los estándares de la regulación estatal para una debida diligencia en el deber de identificación de riesgos penales. Finalmente, en el tercer capítulo proponemos la incorporación de los conocimientos

especiales en la identificación de riesgos penales como base para la elaboración de un modelo de prevención penal.

4. Durante el desarrollo de la investigación hemos encontrado una serie de limitaciones dadas primero por la reciente producción bibliográfica en el Perú, que afortunadamente fueron superadas por el apoyo de algunos profesores que compartieron sus bibliotecas especializadas con bibliografía extranjera, segundo, al hecho que la bibliografía se dirige sobretodo al extremo operativo del *criminal compliance*, es decir, que la mayoría de textos tratan de dar propuestas para la implementación de un modelo de prevención penal, mientras que un porcentaje minoritario de los autores reflexionan sobre los fundamentos legales, éticos, económicos y político criminales de un modelo de prevención penal.
5. Asimismo, a partir de la revisión bibliografía importante en inglés y textos traducidos del alemán, pudimos observar que la experiencia extranjera ha propuesto reglas en sectores empresariales muy especializados y claramente definidos, lo que generó nuestra interrogante sobre la relevancia de los conocimientos especiales que poseen los empresarios para el cumplimiento del deber de debida diligencia durante la etapa de identificación de riesgos penales. En esta línea, consideramos que futuros trabajos de investigación en esta materia deben seguir esta línea de especialización.
6. Creemos que el principal aporte de nuestro trabajo es dar contenido al deber de identificación de riesgos penales y justificar legalmente la conveniencia de la autorregulación frente a las reglas impuestas por el Estado, siendo que actualmente la tendencia a nivel mundial es que las grandes empresas implementen sus modelos de prevención, este tema será de actualidad durante los próximos años, siendo que el asunto materia de tratamiento inmediato debe ser la elaboración de una coherente matriz de riesgos.

BIBLIOGRAFÍA:

Abia Gonzales , R. y Dorado Herranz , G. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento- compliance management system* . Pamplona: Aranzadi .

Ambos , K., Carrión Centeno, A., Abanto Vásquez , M., y Galain Palermo , P. (2015). *Lavado de activos y compliance- perspectiva internacional y derecho comparado* . Lima: Jurista.

Arbulú Ramírez, J.A. (2018). *Lavado de activos. Gestión del Riesgo*. Lima: Editorial Iustitia.

Arroyo Zapatero, L. y Nieto Martín, A. (2013) *El derecho penal en la era del compliance*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.

Casanovas Isla, A. (2017) *Libro blanco sobre la función de compliance*. Madrid: ASCOM.

Bacigalupo Zapater, E. (1998). *Principios de derecho penal, parte general* . Madrid: Akal.

Bacigalupo Zapater, E. (2011). *Compliance y derecho penal*. Navarra: Editorial Aranzadi

Baigun, D.(2000) *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico)*. Buenos Aires: Editorial Depalma

Beck, U. (1986). *Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne*, Suhrkamp, Francfort del Meno. Traducido por: Navarro, J., Jiménez, D. y Borrás, M.R. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós.

Dorado Herranz, G y Abía Gonzalez, R. (2017). *Implantación práctica de un sistema de gestión de cumplimiento*. Navarra: Editorial Aranzadi.

Blanc Lopez, C. (2017). *La Responsabilidad penal del Compliance Officer* (tesis doctoral) Universidad de Lleida (España). <http://hdl.handle.net/10803/664845>.

Busato, P. (2017). *Lo que no se dice sobre criminal compliance*, Revista Electrónica de Estudios penales y de la Seguridad (REEPS, 1, 2017). https://www.ejc-reeps.com/Paulo_Cesar_Busato_Lo_que_no_se_REEPS.pdf

Caro Coria, D y Reyna Alfaro, L. (2013) *Compliance y prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo*. Lima, CEDPE.

Coca Vila, I (2013). *¿Programas de cumplimiento como forma de autoregulación regulada?*. En Silva Sanchez, J.M (Director) y Montaner Fernández, R. *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier Libros Jurídicos, pp. 43-72

Cuevas Oltra, C. (2017) *El “debido control” en la Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*. *Revista de Derecho Penal y Criminología 3ra época N° 18* (julio de 2017), pp. 13-38.

DE VICENTE REMESAL J (2020) Fundamento y límites de la exigibilidad del empleo de las capacidades especiales del autor (a la vez una referencia paralela a los conocimientos

especiales). En. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 22-03 (2020) – <http://criminet.ugr.es/recpc-ISSN 1695-0194>.

Díaz Arana, A. (2014) La Relevancia de los Llamados conocimientos especiales en la determinación de la violación del deber objetivo de cuidado (p. 113-165). *Cuadernos de Derecho Penal, enero-junio* (11). <https://doi.org/10.22518/20271743.312>

Fernández Teruelo, J. (2013) *Instituciones de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Pamplona: Thompson Reuters.

Fernández, C y Chanjan, R (2016) La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú (pp. 249-379) En *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* número 77.

Gaceta Penal & Procesal Penal (2019). Lavado de activos y compliance. *Revista Gaceta Jurídica*, tomo 116. Lima

García Caveró, Percy. (2014). *Criminal compliance* . Lima: Palestra.

Gimeno Bevia, J. (2016). *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Navarra: Editorial Aranzadi

Giménez Zuriaga, I (Dir). (2018). *Manual práctico de Compliance*. Navarra: Editorial Aranzadi

Gómez- Jara Diez, Carlos. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación*. Lima: Instituto Pacifico SAC.

Granados Pérez, C. (2001) *La Criminalidad Organizada*. Cuadernos de Derecho judicial, Madrid.

Grupo Iberoamericano de práctica de Compliance (2015). *Práctica de Compliance en Latinoamérica (estado actual de la legislación anticorrupción y otras)* 1ra edición 2015, Colombia. Recuperado de [http// www.ariaslaw.com](http://www.ariaslaw.com).

Hanco Llocle, R (2019) *El delito de lavado de activos y el criminal Compliance*, Lima: Editorial Jurista.

Heydegger F y Atahuaman J (Coord). (2013). *Derecho Penal Económico y de la Empresa*, Lima: editorial Idemsa.

Hurtado Pozo, J. (Dir.) y Mendoza Llamapponcca, F (Cood.). (2016). *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*. Anuario de derecho penal 2013-2014. Lima: Fondo Editorial PUCP

Hurtado Pozo, J. (Ed.). *Corrupción, crimen organizado, lavado de activos, financiamiento de terrorismo y compliance*. Colección Anuario de Derecho Penal. Lima: Instituto Pacífico

Kubiciel, M. y Carrión, A. (Dir).(2020). *Corrupción, compliance y responsabilidad penal de la empresa*. Lima: Editores del Centro.

Leon Alapont, J (2020) *Compliance Penal – especial referencia a los partidos políticos*. Valencia: Tirant Lo Blanch

Lothar, K. , Montiel, JP. y Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2013). *Compliance y teoría del*

Derecho penal. Madrid: Marcial Pons.

Martínez Huamán, R.E (Dir.). (2020). *La corrupción. Criminología, derecho penal parte general y especial, compliance, procesal penal y ejecución penal*. Lima: Editores del centro.

Meini Mendez, I. (1999). *La Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.

Miguel Ontiveros, A. (2018). *Manual Básico para la elaboración de un criminal Compliance Program*. Mexico: Editorial Tirant Lo Blanch.

Navas Mondaca, I y Balmaceda Hoyos, G (2019) *El Criminal Compliance en el Derecho Comparado*. Valencia:Tirant Lo Blanch

Palma, J.M y Aguilera Gordillo, R. (2017) *Compliance y responsabilidad penal corporativa*. Pamplona: Editorial Aranzadi

Pujol Capilla, R. (2015). *Guía para prevenir la responsabilidad penal de la empresa*. Pamplona: Editorial Aranzadi.

Ramírez Barboza, P (2018) Responsabilidad penal corporativa y compliance. *Revista Paradigma, ribeiro prieto -SP, año xxiii, volumen 27 número 02* (p. 47-80). ISSN 2318-8650

Reyna Alfaro, L.M. (2018) *Compliance y Responsabilidad Penal de las personas jurídicas*. Lima: Editorial Ideas.

Riquet, M. (2020). *Corrupción pública y compliance penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi

Rojas Vargas, F y Prado Soriano, J (2019) *Compliance aplicado al Derecho Penal*, Lima: Editorial Ideas.

Ruano Mochales, M.T (2017). El *compliance program* como mecanismo de organización, prevención y enjuiciamiento (pp. 1- 9). *Revista Internacional Transparencia e Integridad* N° 03, enero- abril.
<https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/04/Teresa-Ruano.pdf>

Sánchez Mercado, M.A. (2002). Comentarios acerca de los institutos del actuar en nombre de otro y la autoría mediata con especial referencia a la legislación peruana. *Revista Cathedra Discere*, año V, número 8-9. Lima, Editorial San Marcos.

Silva Sánchez, J.M y Montaner Fernández, R. (2013). *Criminalidad de empresa y Compliance*. Barcelona: Libros Jurídicos Atelier.

Tyler, R.T (1990) *Why people obey the law*, Yale University press.

Urtecho Benites, S (2006). *Criminalidad de Empresa*, Lima: FORUM.

Woolcott Oyague, O. (2010) *Riesgo de Desarrollo y responsabilidad del productor*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad de Lima.