

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



**“ANÁLISIS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO
CONTEMPLADOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA”**

**Trabajo de investigación para optar el grado académico de
Magíster en Derecho de la Empresa con Mención en
Responsabilidad Social**

AUTOR

Roberto Nello Dasso Vassallo

ASESOR

Dr. Armando Sánchez-Málaga Carrillo

LIMA – PERÚ

Noviembre, 2019

Dedicado a mi amada esposa, quien me brindó su apoyo y ánimo a lo largo de toda la maestría, con esa paciencia, amor y dulzura con la que hace todo en esta vida.



RESUMEN EJECUTIVO

El *Compliance* o cumplimiento legal existe en el mundo corporativo desde hace ya algunas décadas. Consiste en un tipo de programa que desarrollan las empresas destinado a detectar los riesgos de incumplimiento de normas legales generados por las actividades de la empresa en el marco de una regulación cada vez más abundante y a diseñar reglas que sistematicen todas normas en guías o principios básicos de comportamiento que al ser seguidos previenen que los colaboradores incurran en conductas prohibidas.

Este fenómeno, proveniente del mundo de las grandes empresas ha ido evolucionando y difundiéndose hasta el punto que hoy en día todas las grandes corporaciones cuentan con programas de cumplimiento que abarcan temas como corrupción, derechos humanos, no discriminación, ética, etc.

Lo que en principio fue una iniciativa particular de las empresas por autorregularse, fue dando paso a legislaciones nacionales que buscan imponer a las empresas la obligación de implementar programas de cumplimiento que coadyuven a la función estatal de prevenir y sancionar determinados delitos.

En 2002 se publicó en el Perú la primera norma destinada a imponer un programa de cumplimiento legal, específicamente destinado a prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Esta primera legislación introduce la figura del Oficial de Cumplimiento, funcionario que forma parte de la organización de la empresa y cuya función es la de velar por el funcionamiento del programa de cumplimiento y dar aviso a la Unidad de Inteligencia Financiera de las operaciones sospechosas. Posteriormente, en el marco de una corriente que se va extendiendo alrededor del mundo, se ha venido desarrollando una legislación que atribuye responsabilidad a las personas jurídicas por algunos delitos cometidos por sus colaboradores, estableciendo como eximente o atenuante de dicha responsabilidad que la empresa voluntariamente cuente con un programa de cumplimiento.

El presente trabajo busca establecer la pertinencia de regular lo que nació como una iniciativa privada, convirtiéndola en una obligación por mandato legal, y qué tan

adecuada resulta, para los fines para los que fueron creados los programas de cumplimiento el contar con dichas normas.

Nuestra posición es que la legislación peruana en realidad no introduce una figura voluntaria, sino que en el fondo sanciona a aquellas empresas que no cuenten con un programa de cumplimiento y, aunque existen razones que justifican ello, pierde una magnífica oportunidad de prevenir algunos de los más importantes riesgos generados por las actividades empresariales.



ÍNDICE

RESUMEN EJECUTIVO	1
ÍNDICE	3
CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN	5
1.1. Planteamiento del Problema	5
1.2. Objetivo	7
1.3. Metodología	7
1.4. Hipótesis	8
CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS CONCEPTUALES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL TEMA ESTUDIADO	10
2.1. ¿Qué es <i>Compliance</i> ?	10
2.1.1. Concepto y orígenes	11
2.1.2. La función de los programas de cumplimiento	12
2.2. Motivos por los que las empresas voluntariamente implementan programas de cumplimiento	13
2.2.1. Abundancia de la legislación a la que está sometida la empresa	13
2.2.2. Multitud de sujetos pendientes del cumplimiento	14
2.2.3. Las empresas hoy son responsables por actos ajenos	15
2.2.4. Mayor eficiencia por parte de las organizaciones	16
2.3. Multitud de concepciones sobre los programas de cumplimiento	16
2.4. Elementos esenciales de los programas de cumplimiento	17
2.5. ¿Cómo debe funcionar el programa de cumplimiento?	18
2.6. Regulación peruana en materia de <i>Compliance</i>	19
2.6.1. La Ley N° 27693 “Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera”	19
2.6.2. La Ley N° 30424 “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”	21
CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN	24
3.1. Naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica	24
3.2. Responsabilidad derivada de actos ajenos	25

3.2.1. Responsabilidad de la organización por los actos de sus colaboradores	25
3.2.2. ¿Por qué la empresa debe asumir las consecuencias de los actos realizados por sus funcionarios?	25
3.2.3. El oficial de cumplimiento asume la carga por sanciones a la empresa	29
3.3. ¿Por qué en el Perú se prevé la existencia de programas de cumplimiento para determinados delitos y no para otros?	31
3.4. Regulación sobre cumplimiento en otros países	36
3.4.1. Chile	37
3.4.2. Argentina	38
3.4.3. Brasil	39
3.4.4. España	39

CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

4.1. ¿Debe regularse la adopción de programas de cumplimiento?	42
4.1.1. El deber de conocer la norma	47
4.1.2. Una aparente contradicción	48
4.2. La naturaleza de la sanción a la persona jurídica como consecuencia de los ilícitos cometidos por sus colaboradores	50
4.3. El modelo de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus colaboradores	56
4.4. Comparación entre los dos perfiles del oficial de cumplimiento en la legislación peruana	61
4.4.1. ¿Obligatorio o Voluntario?	64
4.4.2. ¿Quién está obligado?	64
4.4.3. Delitos a ser prevenidos	65
4.4.4. Funciones	66
4.5. Conclusiones	68

REFERENCIAS

ANEXO 1: Sujetos obligados a implementar un sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo en virtud a la Ley N° 27963	75
--	----

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN

1.1. Planteamiento del Problema

El “*Compliance*” se ha convertido en una de las palabras más usadas en el lenguaje corporativo moderno. Las grandes empresas peruanas vienen adoptando este concepto importado del mundo corporativo anglosajón, ya sea por obligación, al estar forzadas a hacerlo en virtud a toda una normativa relacionada con la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, o bien porque han encontrado una oportunidad de desarrollar mecanismos de prevención de ilícitos. Existe también una motivación relacionada con la necesidad de adaptarse a lo que el mercado exige. Muchas empresas trasnacionales exigen a sus contrapartes en relaciones contractuales contar con sistemas de cumplimiento legal o de prevención de riesgos legales.

Por otro lado, se va abriendo paso todo un mercado de servicios relacionados con este concepto. Las grandes firmas de abogados ahora ofrecen servicios de asesoría y capacitación en Cumplimiento Legal y encontramos convocatorias en grandes empresas para puestos que no existían antes, como “Experto en SPLAFT” (Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo), “Analista SPAFT”, y “Oficial de Cumplimiento”.

Se trata de un concepto que no es nuevo en otros lugares del mundo y ciertamente su regulación en el Perú tampoco es muy reciente (la norma que introdujo esta figura data de 2002). Sin embargo, convendría preguntarnos ¿Qué es lo que ha cambiado que ahora, más de una década después de su creación, el fenómeno del *Compliance* ha tomado tanta fuerza y generado tanto interés por parte de las empresas?

Como veremos más adelante, el interés de las empresas en este tema está marcado bien por la obligación legal de contar con la figura del Oficial de Cumplimiento, o bien porque contar con esta figura les resulta de alguna utilidad. Para ello revisaremos brevemente el panorama legislativo peruano respecto de esta materia, así como también nos detendremos a revisar el concepto de Oficial de Cumplimiento y sus funciones en el mundo corporativo. También analizaremos qué tipo de regulación existe en otros países con características culturales o empresariales similares a las del Perú,

con la finalidad de plantearnos si es que el modelo adoptado por el legislador peruano ha sido el más conveniente.

La regulación en materia de cumplimiento legal en nuestro país proviene de dos normas: La Ley 27693 “Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera y La Ley 30424 “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, ambas como veremos, de naturaleza distinta y pensadas para finalidades diferentes, como veremos, si bien en ambos casos estas normas prevén la implementación por parte de las personas jurídicas de un sistema de prevención de delitos.

Entonces tenemos vigentes en el Perú dos legislaciones que regulan la existencia de modelos de cumplimiento, estableciendo cómo deben estar compuestos estos, quienes los integran, cuáles son sus funciones. Sin embargo, ambas normas presentan grandes diferencias respecto de la obligatoriedad de la implementación de los sistemas de cumplimiento, el rol que debe tener el encargado de dicho sistema, los delitos a ser prevenidos, así como las consecuencias del funcionamiento defectuoso de dichos sistemas.

Una de las diferencias más importantes entre ambas normas es que, mientras la regulación proveniente de la Ley N° 27693 introduce el sistema de *Compliance* obligatorio para ciertas actividades, la Ley N° 30424 supuestamente introduce un incentivo para que las empresas que no cuenten con un sistema de prevención, se interesen en contar con uno en la medida en que no sólo aporta a la creación de valor por parte de la empresa, sino que también les puede llegar a servir para exonerarlos de responsabilidad penal.

Cabría preguntarse si es que se tiene previsto que sea el mismo sistema el que pueda adoptar la empresa para cumplir con la regulación de la UIF y gozar del beneficio de quedar exentas de responsabilidad administrativa derivada de la comisión de ilícitos penales en su nombre.

Otra pregunta que se plantea es si la implementación de un sistema de cumplimiento por parte de las empresas debe ser impuesta desde el Estado y si la manera en que se pretende imponer desde las dos normas peruanas es coherente con el hecho que, originalmente es el Estado y no los particulares quien se encuentra obligado a velar por el cumplimiento de las normas. La obligación de los particulares no es perseguir el incumplimiento de las normas, sino cumplir con ellas. El hecho que una empresa decida

crear un sistema dentro de su propia organización para detectar el incumplimiento (o el potencial incumplimiento) de normas legales y en última instancia llegar a delatar tales incumplimientos puede ser muy bueno si parte de una iniciativa privada, pero ¿debe ser obligatorio? ¿qué justifica que el gobierno traslade a los particulares su obligación de velar por el cumplimiento de las normas? ¿Por qué elegir determinadas materias para ser objeto de vigilancia y no otras?

1.2. Objetivo

La presente tesis tiene como objetivo general el analizar cómo es que las dos legislaciones sobre programas de cumplimiento se encuadran dentro del concepto de “cumplimiento”, así como determinar si es posible que ambos modelos pueden llegar a ser complementarios.

1.3. Metodología

En las características, funciones y consecuencias del ejercicio del cargo de acuerdo con estos dos perfiles se encuentra parte del problema de tener estas dos regulaciones vigentes, y es que no sólo se trata de que los sistemas están dirigidos a prevenir distintos delitos, sino que además el cómo lo hacen y cuál es la manera en que el Oficial de Cumplimiento se involucra en ello son distintas en ambas regulaciones.

Por ello, es importante cuestionarse si es que estas dos regulaciones son complementarias, pudiendo el sistema de prevención previsto en la Ley N° 27693 servir para lo mismo que el sistema previsto en la Ley N° 30424. Si no son complementarias, en todo caso, nos preguntamos si son compatibles, si es que la misma persona que desempeña el cargo de Oficial de Cumplimiento para los efectos de la Ley N° 27693 debe ser el encargado del Sistema de Cumplimiento para los efectos de la Ley N° 30424.

Para ello, revisaremos el concepto de *Compliance*, sus orígenes, las funciones que tiene en el mundo corporativo, qué utilidades se le han encontrado, así como también su acogida en otros sistemas legales, para lo cual comentaremos brevemente el Estado de la regulación sobre *Compliance* en distintos países iberoamericanos.

1.4. Hipótesis

El primer paso de cualquier programa de cumplimiento es identificar los riesgos que generan las actividades de la organización. En ese sentido, lo que se pretende es evitar el el el daño que pueda producirse a otros, incluyendo al propio Estado. En torno a esos riesgos identificados es que se desarrollan protocolos, reglas y procedimientos destinados a prevenirlos, así como los mecanismos de control, sanciones en caso de incumplimiento, las herramientas previstas por el programa para obtener información relevante respecto del cumplimiento de las obligaciones, tales como los canales de denuncia, así como los mecanismos de supervisión de la ejecución de las medidas adoptadas (Artaza, 2013, págs. 564-569)

En ese sentido, el reconocer que las actividades empresariales generan riesgos que van más allá de los intereses de sus miembros y son de carácter público, como la comisión de delitos particularmente graves como el cohecho o el lavado de activos, justificaría el hecho que el Estado, en ejercicio de su mandato de cautelar el orden público, convierta a las empresas en sujetos obligados a velar por su propio desempeño respecto de la prevención de tales riesgos, estableciendo los mecanismos para prevenirlos. (Clavijo Jave, 2014, pág. 627)

Así, a través de las normas que obligan o promueven la adopción del *Compliance* se traslada a las empresas una tarea pública, que originalmente corresponde al Estado, que es la de controlar nuevos riesgos y evitar actos delictivos en general. De acuerdo con Espinoza, esta imposición de prevenir la comisión de delitos en el marco de sus actividades no es gratuita, sino más bien corresponde a las empresas asumirla a cambio la libertad económica de la que gozan para llevar a cabo sus actividades. De acuerdo con este autor, el *Compliance* sería parte de la “responsabilidad social” de las personas jurídicas. (Espinoza, 2017, pág. 196) Sin embargo, si sólo fuera responsabilidad social, entonces en realidad, entendemos que más que una obligación sería parte de la estrategia de la empresa para crear valor o al menos para no destruirlo.

Entonces, la justificación de la existencia de normas como la Ley N° 27963, que obliga a implementar un programa de cumplimiento específico, no podría ser solamente el hecho de que esta función preventiva se encuentre enmarcada dentro de la responsabilidad social de las empresas, sino que tendríamos que estar hablando de riesgos de tal gravedad que impliquen la imposición de las medidas de prevención. En el caso de los delitos previstos por las legislaciones peruanas, se trata de aquellos

vinculados con prácticas propias del crimen organizado, cuya gravedad sería la suficiente como para justificar la imposición de los programas de cumplimiento e incluso la obligación de delatarlos, de acuerdo a lo previsto por la Ley N° 27963. (Espinoza, 2017, pág. 193)

Respecto a si es posible que las empresas, para cumplir con la regulación de la UIF y gozar del beneficio de quedar exentas de responsabilidad administrativa derivada de la comisión de ilícitos penales en su nombre, puedan implementar el mismo programa de cumplimiento, notamos que, en principio, se trata de dos formas diferentes de concebir la función de los programas de cumplimiento, que se refleja en los perfiles del oficial encargado del funcionamiento del programa de cumplimiento a los que alude el profesor español Juan Antonio Lascuraín (Lascuraín, 2014, pág. 16):

- El Oficial de Cumplimiento – Ejecutivo: Responsable del funcionamiento del Sistema, el cual asume las consecuencias penales del mal funcionamiento de dicho Sistema y que es el que define la legislación proveniente de la Ley N° 27693.
- El oficial de Cumplimiento – Asesor: Un funcionario encargado de recomendar una serie de acciones y prácticas destinadas a la prevención de ciertos delitos, pero que no asume responsabilidad penal si el sistema falla y que es el que promueve la legislación proveniente de la Ley N° 30424.

Por lo tanto, en principio nuestra hipótesis sería que no se trata del mismo tipo de programa de cumplimiento, y que ni siquiera tendrían las mismas funciones ni la misma manera de desempeñarse ambos oficiales.

CAPÍTULO II: FUNDAMENTOS CONCEPTUALES Y ESTADO DE LA CUESTIÓN DEL TEMA ESTUDIADO

2.1. ¿Qué es *Compliance*?

Como ya se ha mencionado, de acuerdo con las dos legislaciones peruanas en la materia, el perfil de los encargados del funcionamiento del sistema de cumplimiento se encontraría entre la de un ejecutivo encargado de detectar y reportar la posible comisión de determinados delitos en el marco de las operaciones económicas de las organizaciones y la de un asesor encargado de advertir y prevenir a las organizaciones de la posibilidad de la comisión de determinados delitos. El primero, con un claro perfil de “doble agente”, pagado por la organización (y por lo tanto empleado de esta), pero obligado a reportar al Estado, y el segundo como una especie de consejero de la alta gerencia en determinadas materias.

Sin embargo, los programas de cumplimiento legal o *Compliance* no son originarios del Perú ni tienen necesariamente un origen por mandato legal, aunque sí han sido objeto de regulación en muchos países. ¿Ha recogido el Perú correctamente esta figura? ¿Son las funciones atribuidas por la legislación peruana, ya sea por la Ley N° 27693 o por la Ley N° 30424, las correctas?

En el mundo anglosajón, los reguladores tienen a contar con estudios previos que establecen los “agravios” ocasionados por determinados comportamientos de las empresas (“*tort*”) (Whalley, 2017, pág. 112). En ese sentido, es la búsqueda de ese potencial agravio en las actividades de la empresa lo que realmente las protege de los riesgos de incumplimiento legal y para ello el desarrollo de códigos de ética y conducta son una herramienta muy poderosa, ya que la empresa, más que de incumplir una norma específica, estaría prevenida de “portarse mal”.

Para definir las funciones del oficial de cumplimiento, Kurer las compara con las funciones del abogado, al cual según este autor se recurre casi como un oráculo al que se le consulta sobre una determinada cuestión ante la cual el abogado brinda su consejo o recomendación, quedando a elección del cliente seguir dicha recomendación o no. (Kurer, 2015, pág. 186)

El oficial de cumplimiento tiene en común con el abogado el hecho de que ambos son expertos en la aplicación de las normas. A partir de ahí empiezan a marcarse las diferencias. Mientras que los abogados se encargan de absolver la consulta puntual acerca de qué reglas existentes se aplican a determinada situación, el oficial de cumplimiento se encarga de identificar aquellas normas que le son relevantes a la empresa y de su aplicación en el día a día, e incluso de ir más allá de lo evidentemente legal, encargándose de la implementación de las normas éticas y de responsabilidad social, sea que estas provengan de una fuente contractual, de políticas internas o de los grupos de interés de la empresa.

2.1.1. Concepto y orígenes

Como mucho, concepto de *Compliance* o cumplimiento tendrá una antigüedad de cincuenta años (Kurer, 2015, pág. 86). Diversos autores parecen coincidir situar el nacimiento de los programas de cumplimiento entre las décadas de 1960 y 1970, habiendo sido desarrollado en el mundo empresarial norteamericano por aquellas industrias que contaban con mayor regulación específica, tales como los servicios financieros o de salud. Estas empresas inicialmente desarrollaron estos programas con la idea de prevenirse de infracciones a normas en materia de libre competencia, antimonopolio, corrupción, etc. (Clavijo Jave, 2014, pág. 630).

Espinoza fija como punto de partida del proceso que llevó al nacimiento de los programas de cumplimiento cuando la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los Estados Unidos de América descubrió que, fuera de las fronteras norteamericanas, un gran número de compañías participaban en pagos indebidos a distintos funcionarios públicos o a políticos que aspiraban a ocupar cargos públicos. Como consecuencia de ello, en 1977 el Senado norteamericano aprobó la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero, conocida como FCPA, por sus siglas en inglés. Luego, en la década de 1980, los programas de cumplimiento cobraron mayor importancia, en el marco de la importante crisis sufrida en el sistema de ahorro y crédito norteamericano, empezando a contar con regulación propia a fines de dicha década. (Espinoza, 2017, pág. 195)

En la década de 1990, en el contexto de liberalización de la economía en casi todos los países occidentales y buena parte de los asiáticos, se lleva a cabo la Convención para combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales (1997), organizada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). En virtud de esta convención, los

Estados suscriptores se comprometieron a implementar legislaciones nacionales que penalicen la práctica de sobornar funcionarios públicos extranjeros, con lo que las empresas transnacionales encuentran en los programas de cumplimiento una importante herramienta para prevenir dichos riesgos (Espinoza, 2017, pág. 195).

Además de la preocupación por los actos de corrupción, impulsa también el desarrollo de los programas de cumplimiento la preocupación por la prevención de distorsiones acerca del valor de las empresas. A partir de ello, se inicia un proceso de atribución de responsabilidad jurídica a las empresas (Fourey Gonzales, 2017, pág. 83). Como resultado de ello, en los Estados Unidos, en 2002, se aprobó la Ley Sabarnes-Oxley, con el objeto de prevenir la falsificación del valor de las empresas que cotizan en la Bolsa, los fraudes y riesgos de bancarrota, con poco éxito como quedara en evidencia luego del sonado caso de Enron. Entonces se hizo evidente que no sólo era necesario que las empresas contaran formalmente con un programa de cumplimiento, sino que el *Compliance* debía ser introducido en la cultura de las organizaciones y debía asegurarse a través de una supervisión efectiva de dichos programas. (Espinoza, 2017, pág. 196)

A partir de este punto, podemos entender cómo las diferentes legislaciones nacionales han recogido la figura de los programas de cumplimiento dentro del marco de las normas que regulan la responsabilidad de las empresas y otras personas jurídicas derivada de los actos ilegales que realicen sus representantes y colaboradores.

2.1.2. La función de los programas de cumplimiento

La idea central de atribuir responsabilidad jurídica a las empresas por los efectos dañinos de sus actividades no es que estas respondan económicamente por tales efectos, sino que las empresas impulsen su autorregulación y su organización responsable. Para ello, las empresas deben documentar esta autorregulación a través de programas de cumplimiento y sistemas de gestión de riesgos penales. Así, la OCDE definió al *Compliance* en 2015 como las funciones, recursos y procedimientos implementados por una compañía para cumplir con las leyes y regulaciones que le son aplicables. (Fourey Gonzales, 2017, págs. 83-84)

Como intentaré explicar a continuación, la función de un programa de cumplimiento no sólo consiste en tener mapeados todos los riesgos de incumplimiento legal por parte de la empresa, sino de desarrollar normas internas propias que recojan el “espíritu” de las diferentes legislaciones aplicables, de manera que en el desarrollo de las actividades

de la empresa esta se encuentre prevenida de incurrir en incumplimientos legales. En este campo, cobra mayor importancia el desarrollo de normas éticas dentro de la propia organización.

Así, los programas de cumplimiento pueden llegar a ser una herramienta potente para buscar el buen desempeño social de las empresas. Sin embargo, las normas peruanas parecen desperdiciar las oportunidades que ofrece la obligación de incorporar a la gestión de las empresas la figura del oficial de cumplimiento al limitarla a la lucha contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo y a algunos delitos relacionados con actos de corrupción.

No todas estas funciones estarían incluidas en el mero cumplimiento de las normas y sin embargo se encuentran dentro de las funciones que pueden tener los programas de cumplimiento y forman parte de las responsabilidades de los encargados de estos.

2.2. Motivos por los que las empresas voluntariamente implementan programas de cumplimiento

Existen varios motivos por los que las empresas hoy en día implementan programas de cumplimiento de manera voluntaria. Estos motivos están relacionados a la necesidad de la empresa de prevenirse de los riesgos legales a los que están expuestos, de manera que contribuyen a la gestión eficiente de la organización, evitando costos por sanciones, pérdida de reputación, y en general todos los perjuicios que se derivan de verse sorprendidas por actos ilegales de sus colaboradores que repercuten en el desempeño de la organización. A continuación algunos de los motivos por los que las empresas implementan voluntariamente programas de cumplimiento.

2.2.1. Abundancia de la legislación a la que está sometida la empresa

Enfrentar los riesgos regulatorios es una prioridad previsible para aquellos sectores de la economía que cuentan con mayor desarrollo legislativo (Whalley, 2017, pág. 81). Así, si bien, como ya hemos mencionado antes, los programas de cumplimiento nacen en el sector financiero, este ha resultado muy valorado por otras industrias como las extractivas. Es coherente que Newmont Mining Corporation (hoy Newmont Goldcorp), empresa que lidera desde hace varios años el índice de sostenibilidad de Dow Jones, en algunos de los países donde opera publique dentro de sus memorias de

sostenibilidad, reportes referidos al desempeño de la organización en materia de cumplimiento desde 2008, siendo el más antiguo que puede ubicarse en la web de dicha compañía el que se refiere a su operación en Ahafo, Ghana correspondiente a octubre de 2008, en el cual se da cuenta de la implementación del programa de cumplimiento desde 2006 y de forma “semi anual” (D'Appolonia ECMG, 2008, pág. 3).

Llevando el ejemplo de una empresa minera a la realidad nacional, estas están obligadas a cumplir con normas propias de su sector en cuanto a la adquisición de concesiones y manteniendo de tales derechos, además de estar sujeta a las normas del sistema de evaluación y fiscalización ambiental, normas de manejo de aguas, normas específicas referidas a salud y seguridad en el trabajo para su sector además de la legislación laboral general, si es que dicha empresa cotiza en bolsa, entonces también estará sometida a las normas que regulan dicho mercado, estará sujeta a normas del sector cultura, por el sistema de Defensa Civil, por la legislación penal, por normas referidas a los derechos de los pueblos indígenas, y un largo etcétera. Y todo ello además podrá ser fiscalizado por entes que pertenecen al gobierno central, regional o local.

2.2.2. Multitud de sujetos pendientes del cumplimiento

Ahora bien, además de que todas sus actividades se encuentran fiscalizadas por alguna agencia estatal, en el caso de una extractiva hay que añadir que del cumplimiento de la legislación por parte de la empresa se encuentran pendientes algún sector de los medios de comunicación, activistas y grupos de interés propios de la empresa.

Así como el desarrollo legislativo ha ido volviéndose más complejo para todas las actividades y no sólo para los sectores en los que se originan los programas de cumplimiento, también es importante considerar los efectos que tiene una economía mundial cada vez más integrada y en la que con mayor frecuencia las empresas tienden a internacionalizarse, operando bajo sistemas normativos diversos.

Una de las ideas centrales que sostiene la existencia del Global Compact es que además de los sujetos de derecho internacional clásicos, es decir los Estados, existen otros entes que, sin ser sujetos de derecho internacional, tienen actividades que generan consecuencias en el contexto internacional o que incluso, por encontrarse

presentes sus operaciones en diferentes países, no pueden ser reguladas por un solo gobierno y que incluso la idea de jurisdicción territorial se debilita ante estos agentes. Hablamos de las llamadas transnacionales. Según Peter Schmidt, Rieth y Wagaki, ya en los 60s y 70s, el sector activista empezó a fijarse en el papel que jugaban las transnacionales respecto de los derechos humanos en aquellos países que no necesariamente eran donde las transnacionales tenían su base corporativa sino donde desarrollaban sus actividades, básicamente en el tercer mundo. Luego, con el fin de la Guerra Fría, las corporaciones empezaron a ser observadas sobre todo por sus impactos en el medio ambiente y por aspectos relacionados con las condiciones laborales en sus operaciones en la periferia, mientras que las propias corporaciones comenzaron a desarrollar códigos de conducta tanto sectoriales como corporativos (Peter Schmidt, 2013, pág. 4).

2.2.3. Las empresas hoy son responsables por actos ajenos

Además de estar sujetas a una legislación cada vez más abundante y a tener la atención de varios sujetos, además del Estado, respecto del cumplimiento de las normas legales, las empresas hoy en día se encuentran sujetas al escrutinio no sólo de sus propios actos, sino de sus representantes, colaboradores, e incluso de sus proveedores.

En el ámbito de los derechos humanos, por ejemplo, a pesar de que existe una iniciativa global voluntaria como es el Global Compact, se reconoce la existencia de un “ángulo muerto” respecto de la responsabilidad de las empresas por las violaciones a derechos humanos que puedan cometerse por parte de sus proveedores. Hablamos de temas sumamente sensibles no sólo para las empresas que han suscrito los principios voluntarios del Pacto Global, sino en general para cualquier empresa que deba responder ante sus grupos de interés por temas como trabajo infantil, cumplimiento de jornadas laborales, derechos sindicales, etc. Al respecto, no existen aún muchas normas de *hard law* que atribuyan responsabilidad a las corporaciones por los ilícitos que pudieran cometerse dentro de su cadena de suministro. En ese sentido, renombrados autores como John Ruggie han evidenciado que, frente a recientes desastres ambientales, y “graves violaciones de los derechos humanos y laborales cometidas por las empresas transnacionales” se ha intensificado la regulación en diversos países destinada a minimizar los riesgos que conllevan determinadas actividades empresariales y a tratar de mitigar sus impactos. (Sales Pallarés, 2018, pág. 265)

2.2.4. Mayor eficiencia por parte de las organizaciones

Desde la óptica de la administración de empresas, los programas de cumplimiento constituyen un sistema de calidad dentro de los muchos que pueden operar en las empresas. (Artaza, 2013. P. 548) En ese sentido, el programa de cumplimiento es la sistematización de todas las medidas y procedimientos que existen en la organización que tengan como finalidad el promover un comportamiento respetuoso de la ley por parte de sus integrantes.

El programa de cumplimiento deberá tender a disminuir las ocasiones en las que los integrantes de la empresa incurren en conductas delictivas, y, consecuentemente, disminuir las posibilidades de que esta sea sancionada por tales conductas. Ello se logra a través del incentivo de conductas respetuosas de la ley y el monitoreo del cumplimiento del propio programa. En el campo del gobierno corporativo, por ejemplo, las empresas cuentan con códigos de conducta para sus ejecutivos destinados a prevenir que estos se desvíen de la protección de los intereses tanto de los accionistas como de los stakeholders. (Young, 2014, pág. 2).

2.3. Multitud de concepciones sobre los programas de cumplimiento

Las diversas formas de llamar al funcionario encargado del programa de cumplimiento nos dan una idea de las diferentes concepciones que se pueden tener respecto de esta figura. En los sistemas de habla hispana se le conoce como “oficial de cumplimiento”, “responsable del programa de prevención”, “coordinador de prevención”, “oficial de ética”. Si bien, como vemos, cuenta con cierto desarrollo doctrinario y regulatorio, se trata de una figura en crecimiento, y que vendría siendo adoptada por empresas “grandes y cumplidoras o con afán de serlo” (Lascurain, 2014, pág. 16). Bien puede concebirse como un asesor o consultor de los funcionarios responsables de cada área que tenga injerencia en la gestión de la empresa en diferentes materias tales como Seguridad Industrial, o de Medio Ambiente. La responsabilidad sobre el mal funcionamiento de la gestión ambiental de la empresa, no recae sobre el asesor en esta materia, sino en el responsable de dicha gestión, es decir, el gerente de Medio Ambiente, o el Gerente de Unidad y ante un mal funcionamiento que implique daños a terceros o al medio ambiente, no es al asesor a quien se le inicia una investigación por parte del ministerio público, sino al gerente responsable de dicha gestión. De igual forma, Lascurain da cuenta que los oficiales de cumplimiento no están siendo

configurados como delegados de seguridad, como garantes secundarios por delegación del garante primario.

Así, dependiendo del país y del sistema jurídico donde nos encontremos, veremos que bajo el mismo grupo de denominaciones se encuentran funcionarios a los que se les asignan labores distintas: En parte normativas, o bien de promoción de normas corporativas tales como las políticas de empresa y o los códigos de conducta. También puede recaer en ellos la coordinación y supervisión de los responsables de ciertas funciones relacionadas con la seguridad. Incluso se les asigna la función de administrar el sistema de sanciones internas de la empresa, así como también se les asigna el rol de receptores de denuncias por infracciones a los códigos de ética, así como de la investigación de tales denuncias.

2.4. Elementos esenciales de los programas de cumplimiento

La tendencia en diferentes regulaciones como la chilena, italiana y española e incluso en los Estados Unidos a través de las Federal Sentencing Guidelines es que exista un mínimo de elementos que deben contener los programas de cumplimiento para que sea efectivo para los fines establecidos, es decir para la prevención y detección de actividades delictivas al interior de la empresa. Así, parece un consenso en las distintas regulaciones que los programas de cumplimiento que implementen las empresas deben respetar la siguiente secuencia (Neira, 2016, pág. 470):

- i. Partir de la identificación de las actividades en las cuales se tiene el riesgo de que se cometan determinados delitos, estando las actividades financieras contempladas dentro de aquellas que son particularmente riesgosas, por lo que las empresas deben desarrollar normas y protocolos internos específicos para las áreas de tesorería, registro o archivo de operaciones financieras.
- ii. En segundo lugar, las empresas deben establecer protocolos de actuación en las áreas riesgosas para reducir las probabilidades de que se concreten los riesgos identificados.
- iii. En tercer lugar, se exige a los programas de *Compliance* que la empresa cuente con un órgano con poderes autónomos suficientes para poder supervisar efectivamente el funcionamiento del sistema, el cual tendría a

la cabeza al denominado “oficial de cumplimiento” o “responsable del programa de cumplimiento”. Este funcionario tendría a su cargo el canal de denuncias, que es otro de los contenidos que se consideran esenciales dentro de estos programas.

- iv. En cuarto lugar, debe existir un mecanismo interno de sanción a los miembros de la empresa que incumplan las reglas y protocolos establecidos.
- v. El último elemento esencial que debe presentar el modelo de *Compliance* es el de que el mismo prevea su revisión periódica a fin de mantenerlo actualizado.

2.5. ¿Cómo debe funcionar el programa de cumplimiento?

Un programa de cumplimiento eficaz tiene como finalidad el generar en la empresa una cultura basada en la integridad de los trabajadores, quienes deberían tener valores sólidos. Asimismo, un buen programa de cumplimiento tendría que alinear los objetivos de la empresa a las normas legales vigentes. En ese sentido, el programa de cumplimiento no tendría que consistir en nuevas normas, ya que toda la normatividad penal ya dicta lo que cualquier ciudadano, miembro de una empresa o no, debe evitar hacer. En ese sentido, un buen programa de cumplimiento debe promover hábitos “éticos”, que deriven en que las personas no incumplan las leyes. (Espinoza, 2017, pág. 201)

El programa de cumplimiento, debe ser efectivo en cuanto a la prevención, anticipándose a la realización de conductas no deseables, impidiendo la comisión de delitos en el seno de las organizaciones. Para ello se deben identificar los riesgos. Es decir, aquellos aspectos en los que la corporación es particularmente sensible o se encuentra expuesta con mayor facilidad a la comisión de ilícitos por parte de sus colaboradores, trabajadores o representantes.

Una vez identificados los riesgos, la empresa desarrolla protocolos de comportamiento destinados a prevenir que, ante dichas situaciones riesgosas, las personas actúen infringiendo la ley. Estos protocolos se condensan en lo que las organizaciones llaman “códigos de conducta”, que no son otra cosa que un protocolo para la toma de decisiones éticas. El código de ética deberá ser difundido y explicado de

tal manera que se busque que sea comprendido e internalizado por los colaboradores, a través de su aplicación y ejemplificación, comunicando los comportamientos deseables y sancionando los indeseables, y comunicando la aplicación de tales sanciones.

La etapa más importante, sin embargo, del *Compliance* es la de detección y reporte, pues la empresa es responsable de la comisión de delitos debido a la omisión de sus deberes de supervisión, a menos que demuestre contar con un programa de cumplimiento ideal, entonces quedaría exenta de las consecuencias penales (Espinoza Bonifaz, 2017, pág. 201), lo que aparentemente sería contradictorio, porque, si el sistema es idóneo, ¿cómo es que no pudo detectar que existía el riesgo que derivó en la comisión de un delito?

2.6. Regulación peruana en materia de *Compliance*

El Perú cuenta con dos regulaciones de naturaleza muy diferente respecto de los programas de cumplimiento: Por un lado, como ya hemos adelantado, existe una primera regulación que data de 2002 y cuya base es la Ley N° 27693 “Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera”, cuya finalidad última es combatir el lavado de activos y el financiamiento de actividades ilegales, tales como el terrorismo. Por otro lado, en abril de 2016 fue publicada la Ley N° 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, la cual estableció la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (en un concepto bastante amplio de las mismas) inicialmente para el delito de cohecho activo transnacional, aunque luego fueron ampliándose sus alcances. A continuación, presentaré un breve resumen sobre estas dos normas.

2.6.1. La Ley N° 27693 “Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera”

A raíz de esta norma, se crea todo un sistema encargado de proveer al Estado de información acerca de las transacciones que pudieran ser sospechosas de encubrir este tipo de actividades, poniendo a la cabeza de dicho sistema a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Por parte de las personas jurídicas, estas quedan obligadas a implementar un sistema de cumplimiento y a crear la posición de “Oficial de Cumplimiento”, encargado de monitorear las transacciones riesgosas y de informar de estas a la UIF y a la alta gerencia de la empresa.

Según el artículo 3 de la Ley N° 27693, la UIF puede solicitar informes, documentos, antecedentes y todo otro elemento que estime útil a cualquier organismo público y a todas las personas naturales o jurídicas privadas, quienes están obligados a proporcionar la información requerida bajo responsabilidad. Asimismo, la UIF tiene la obligación de inscribir a los sujetos obligados y a los oficiales de cumplimiento que éstos designen.

Los sujetos obligados a proporcionar información sobre operaciones que potencialmente podrían resultar en casos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo se encuentran definidos por el artículo 8 de la Ley, en virtud de sus actividades económicas. Esta lista incluye, como podría suponerse, a empresas que forman parte del sistema financiero, bancos, emisoras de tarjetas de crédito, cooperativas, fiduciarias, agentes de bolsa, administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión. Pero también a empresas dedicadas a la compra y venta de todo tipo de vehículos, empresas inmobiliarias, casinos, agencias de aduanas, servicios courier, anticuarios, joyeros, prestamistas, agencias de viajes, hoteles y restaurantes, notarios públicos, empresas mineras, etc.

Asimismo, se incluye una lista de instituciones públicas tales como la SUNAT, CONASEV, SUNARP, RENIEC, Cámaras de Comercio, los organismos dedicados a la titulación y catastro, como COFOPRI y PETT, la Dirección General de Migraciones, ENAPU, etc.

De acuerdo con el artículo 9 todos estos sujetos obligados deben llevar un registro de operaciones tales como depósitos en efectivo, en diferentes tipos de cuentas bancarias, operaciones que involucren títulos valores o de cuota partes de fondos comunes de inversión, compraventa de metales y/o piedras preciosas y de moneda extranjera, compra venta de bienes y servicios, operaciones a futuro pactadas con los clientes y otras operaciones que se consideren de riesgo o de importancia según lo establezca la UIF.

El encargado de administrar este registro en cada uno de los sujetos obligados es un personaje llamado “oficial de cumplimiento”. Este personaje, es un empleado del propio sujeto obligado y con rango de gerente, dedicado exclusivamente a vigilar el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o del financiamiento de terrorismo, debiendo emitir un informe semestral sobre el

funcionamiento y nivel de cumplimiento del sistema de detección del lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo por parte del sujeto obligado. El oficial de cumplimiento tiene entre sus funciones la de informar al directorio de los sujetos obligados y alcanzar dichos informes también a la UIF-Perú y al organismo supervisor del sujeto obligado.

Hasta este punto, podemos concluir que el llamado “Oficial de Cumplimiento” regulado dentro del ámbito de la Ley N° 27693 tiene una doble finalidad: por un lado, tiene una preventiva, destinada a vigilar que el sistema para detectar operaciones sospechosas que implemente el sujeto obligado funcione, y, por otro lado, una función de informante ante la UIF de los fallos que pudieran presentarse en el sistema, sean estos intencionales por parte del sujeto obligado o no.

De acuerdo con lo establecido por la Ley N° 27693, Oficial de Cumplimiento y el Sistema de Prevención del Lavado de Activos son figuras de carácter obligatorio para las empresas, sin mayor discrecionalidad respecto a contar con ellas o no, ni tampoco respecto a cómo implementarlas y cuáles son sus funciones dentro de la organización de la empresa.

2.6.2. La Ley N° 30424 “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”

Por otro lado, en abril de 2016 fue publicada la Ley 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, la cual estableció la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas (en un concepto bastante amplio de las mismas) para el delito de cohecho activo transnacional (Artículo 397-A del Código Penal). (Ramírez, 2018)

Originalmente esta norma debía entrar en vigencia en julio de 2017, sin embargo, en enero de 2017 fue promulgado el Decreto Legislativo 1352, el cual modificaba algunas de las disposiciones de la Ley N° 30424, e incluía los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, postergándose la entrada en vigencia de la norma hasta el 1 de enero de 2018.

Menos de un año después de la entrada en vigencia de la norma, en agosto de 2018, a través de la Ley N° 30835, se introdujeron nuevas modificaciones a los artículos 1, 9

y 10 de la Ley 30424, así como a la propia denominación de la Ley, que pasó a llamarse “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, eliminándose la referencia específica al delito de cohecho activo transnacional, que en un principio era el único delito contemplado.

Al delito de cohecho activo transnacional se agregó, a través del Decreto Legislativo N° 1352 los delitos de cohecho, lavado y financiamiento del terrorismo. Luego, a través de la Ley N° 30835 se añadieron los delitos de colusión y tráfico de influencias (artículos 384, 387 y 400 del Código Penal). No se descarta que puedan seguir añadiéndose nuevos delitos que puedan ser generadores de responsabilidad de las personas jurídicas. (Paredes, 2018)

De acuerdo con la legislación mencionada, los delitos pueden haber sido cometidos a nombre de la persona jurídica o bien en su beneficio, por una serie de personas que incluyen a sus socios, directores, representantes legales y apoderados, así como también por personas que, sin ocupar estos cargos, se encontrasen sometidos a la autoridad o control de los mismos y hubiera actuado bajo sus instrucciones. Hasta ahí, pareciera que existe cierta lógica en cuanto a una actuación de la organización destinada a la comisión de un delito.

Pero incluso si no hubieran actuado bajo órdenes de los representantes o altos funcionarios de la empresa, la responsabilidad administrativa también alcanzaría a la persona jurídica si es que los subordinados cometieron los delitos mencionados no sólo por órdenes de sus superiores, sino que, aún sin haber sido instruidos a ello, el delito fue posible debido a que los representantes o funcionarios incumplieron los deberes de supervisión y vigilancia, incluso cuando estos subordinados fueran de subsidiarias o filiales.

De ser el caso, los jueces pueden aplicar multas de hasta el séxtuple del beneficio obtenido por los delitos cometidos, suspender sus actividades sociales entre seis meses y dos años, prohibir temporal o definitivamente llevar a cabo actividades de la misma clase que aquellas en cuya realización se cometieron o encubrieron delitos, prohibir definitivamente contratar con el Estado, cancelar licencias, concesiones y otros derechos, clausurar locales temporal o definitivamente, e incluso, de corroborarse que la persona jurídica fue constituida para favorecer, facilitar o encubrir el delito de cohecho activo transnacional, la persona jurídica podría ser disuelta.

Ahora, si bien podría parecer excesivamente drástico que la norma haga posible que la persona jurídica sea sujeto de sanción como consecuencia de los actos de sus colaboradores, aun cuando estos no hayan actuado bajo instrucción de sus superiores, esta también ofrece algunas posibilidades de defensa por parte de las personas jurídicas, o por lo menos de atenuar su responsabilidad. En ese sentido, el artículo 12 de la Ley N° 30424 establece entre las circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas la adopción e implementación antes del inicio del juicio oral, así como de un modelo de prevención, así como la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.

De igual forma, el artículo 17 señala que las personas jurídicas quedarían exentas de responsabilidad si es que, con anterioridad a la comisión de los delitos cometidos en su nombre, esta había implementado un “modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.”

El modelo de prevención que eximiría de responsabilidad a la empresa, deberá contar mínimamente con los siguientes elementos:

1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica.
2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en la norma.
3. Procedimientos de denuncia.
4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

CAPÍTULO III: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN: FUNDAMENTACIÓN DEL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1. Naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica

La responsabilidad penal de las empresas genera una serie de interrogantes, debido a que se trata de una figura nueva, que no encuentra sus orígenes en el sistema romano germánico, y, por lo tanto, resulta completamente exótica en sistemas como el peruano, como en cualquier otro de América Latina o de Europa continental. Además, a pesar de su nombre, en realidad no es que se prevean responsabilidades penales propiamente, al menos no para la persona jurídica, sino que estaríamos hablando de un híbrido que combina consecuencias penales para las personas naturales con consecuencias administrativas para las personas jurídicas. (Fourey González, 2016, pág. 83)

Ello origina que, de alguna u otra manera, las legislaciones y los operadores jurídicos vayan probando fórmulas respecto de su funcionamiento, y no siempre serán acertados al principio. A esto, debemos adicionar que, al no tener todos los países una tradición referida al funcionamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ante la necesidad de implementar rápidamente sus propios modelos, se tiende a copiar a otros países sin dar tiempo siquiera muchas veces a ver si es que en el país de donde se “importa” determinada idea esta ha funcionado o no. Así tenemos que, entre el Perú hemos recibido una clara influencia de la legislación española y chilena, la que a su vez es acusada de ser influenciada por la italiana. (Neira, 2016, págs. 469-470)

Al igual que en el Perú, en otras legislaciones se exige que el programa de cumplimiento sea adecuado para la prevención de los delitos cometidos, lo que, como ya hemos mencionado, parece ser una ironía, ya que si el programa fuera idóneo, no se habrían cometido los delitos en cuestión.

Por otro lado, desde el punto de vista de la administración, se dice que el funcionamiento del programa de cumplimiento debe depender, más que de la persecución, de la creación de una cultura corporativa de la ética, que prevenga a la empresa del incumplimiento de la ley. Otra paradoja, tomando en cuenta que la existencia de esta virtuosa “cultura de la ética” no es una función que, al menos en nuestro sistema, se haya atribuido al programa de cumplimiento.

3.2. Responsabilidad derivada de actos ajenos

Se ha mencionado que la existencia de normas que obligan a las organizaciones a prevenir la comisión de delitos por parte de sus colaboradores se justificaría en que se trata de riesgos generados por las propias actividades de las organizaciones, y sin embargo estos afectarían a intereses que trascienden a los de la organización o sus miembros, por lo que el Estado traslada a estas la función de prevenirlos.

3.2.1. Responsabilidad de la organización por los actos de sus colaboradores

Hemos visto que las empresas tienen motivos para que voluntariamente decidan implementar programas de cumplimiento. Estos conducen a un mejor desempeño de la organización, las ayudan a prevenir sanciones legales, pueden ser una herramienta importante para rendir cuentas de sus actividades frente a sus grupos de interés, e incluso se les puede incluir dentro de la gestión de calidad de la empresa.

Pero no estamos exclusivamente en el campo de la autorregulación, aunque este haya sido el origen de los programas de cumplimiento. Ya sea que directamente obliguen a implementar programas de cumplimiento, como es el caso de la Ley N° 27693, o que premie a aquellas personas jurídicas que cuenten con un programa, como es el caso de la Ley N° 30424, lo que tenemos en las dos legislaciones vigentes en el Perú es un sistema basado en la atribución de responsabilidad a las empresas por los actos ilícitos que otros hagan con relación a sus actividades sin que estas hayan actuado en forma preventiva o denunciado el hecho ante una agencia estatal.

Siendo así, corresponde preguntarnos no sólo si es que esto funciona de la misma manera en otros países, sino también si es que es correcto este sistema basado en la atribución de responsabilidades por actos ajenos.

3.2.2. ¿Por qué la empresa debe asumir las consecuencias de los actos realizados por sus funcionarios?

De acuerdo con la Ley N° 30424, las empresas pueden asumir sanciones derivadas de actos no sólo de sus representantes en virtud de un apoderamiento formal o en virtud de un cargo de responsabilidad, sino también por actos de quienes se encuentran subordinados a estos representantes y actúan fuera de las órdenes de ellos. Para llevar esto a un caso más sencillo, Lascuráin recurre al símil entre quien es dueño de un perro capaz de causar daños. No sólo responderá por los daños que cause el propio dueño con sus actos, sino que, si el perro se lanzara contra un tercero, atacándolo, el dueño también tendría responsabilidad sobre el mismo, no en virtud de sus propios actos, sino en virtud de un deber de garantía frente al resto de la sociedad respecto del animal peligroso. (Lascuráin, 2014, pág. 2).

Me resulta apropiada la comparación, ya que me recuerda un hecho que me tocó vivir como trabajador de una empresa en la cual se produjo un caso de cobros indebidos por parte de algunos trabajadores a proveedores que deseaban tener alguna ventaja en la obtención de contratos con la empresa, para lo cual ofrecían al área encargada de seleccionar a los proveedores toda clase de favores económicos. El nombre por el que nos referíamos a este grupo de personas, una vez que se descubrió esta trama era el de “los perros”, porque a través de su mala conducta hacían que toda la empresa fuera vista como corrupta.

El perro bravo, al igual que el empleado que se presta a la comisión de un delito, no actúa por órdenes del dueño, es más, actúa en contra de los deseos del propio dueño. ¿Entonces por qué debe el dueño, como el empresario, asumir las consecuencias de estos hechos?

Dentro de lo que el derecho penal denomina “criminalidad organizada” no sólo comprendemos a organizaciones destinadas a actividades ilegales, tales como mafias de trata de personas o narcotraficantes, sino también a las personas jurídicas que, teniendo una estructura legal y que realizan actividades económicas permitidas por la ley y que, aprovechando ello, cometen delitos que generan distorsiones, no sólo en el mercado, sino en el funcionamiento del Estado. Así, el hecho de que una empresa pertenezca al sector formal, y cuente con toda una estructura corporativa, pareciera no ser obstáculo para que esta pueda incurrir en prácticas delictivas, encubrimiento de dinero sucio, o abiertamente atente contra los intereses de sus accionistas y clientes.

Por el contrario, en las últimas dos décadas hemos asistido al desplome de famosas empresas dedicadas a la asesoría legal y auditoría, como el caso de Arthur Andersen,

grandes bancos de inversión como Lehman Brothers, y de otras empresas que para conseguir sus legítimos fines de generación de valor para los accionistas, no han tenido inconvenientes para sobornar gobiernos enteros en varios países a la vez, como en el caso de Odebrecht o de gremios enteros involucrados en redes que combinan la corrupción con la concertación, como en el caso del llamado “Club de la Construcción”.

Ante ello, nos dice Espinoza, el derecho penal tradicional, concebido para delitos individuales, que generan un resultado y provocan un perjuicio perceptible ya no sería suficiente. Por el contrario, nos dice este autor, la manera de luchar contra la criminalidad organizada requiere de instrumentos que anticipen los actos producidos por las organizaciones criminales. (Espinoza, 2017, pág. 193)

El *Compliance* traslada a las empresas la tarea pública de controlar nuevos riesgos, proteger a los accionistas y consumidores, evitar actos delictivos en general. A cambio de una cada vez mayor libertad económica, las corporaciones asumen la cumplir determinados fines públicos, como es la prevención de incumplimientos legales, siendo la expresión última de la llamada “responsabilidad social”. Por el lado del Estado, este se compromete a no sancionar a las empresas, a cambio de que estas prevengan y controlen eficientemente los riesgos de relevancia penal que pudieran presentarse dentro de su organización. (Espinoza, 2017, pág. 196)

En el mismo sentido, Clavijo sostiene que es el Estado el encargado de establecer los mecanismos institucionales para prevenir estas prácticas. Para este autor el Estado, en ejercicio de su mandato de cautelar el orden público, traslada a los privados ciertas obligaciones relacionadas con el cumplimiento de ciertas normas. (Clavijo Jave, 2014, pág. 627)

Cuanto más grande es la empresa, mayores serán los riesgos de incumplimiento por parte de ella producto de mayor carga regulatoria, pero también de mayor complejidad de las mismas organizaciones, relaciones con accionistas, directorio, gerencia y trabajadores, mercados cada vez más complejos, así como también del desarrollo económico y tecnológico. Como no puede evitar que dentro de toda esa red de relaciones que se dan con ocasión de las actividades de la empresa se produzcan delitos, la obligación de la empresa es la de contar con un mecanismo que sirva para prevenir esos riesgos, llamado “programa de cumplimiento”.

Ello se justificaría, según Lascuraín, en que la responsabilidad se debe, no al dominio de una fuente de riesgo, sino a la omisión del deber de garantía que este tendría. Así, la mala conducta de los empleados sería un riesgo propio de quienes llevan a cabo un emprendimiento y por lo tanto, el deber de garantía respecto de estos no les permitiría ampararse en la falta de dominio de los mismos. (Lascuraín, 2014, pág. 4)

No es que el Estado pueda trasladar esta responsabilidad a cualquier empresa, sino sólo a aquellas que, debido a que sus actividades presentan un mayor riesgo, (en el caso de la Ley N° 27693, riesgo de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo), impone a ellas ciertos deberes de implementar el mecanismo de prevención establecido por la ley. Claro, dada la extensa lista de actividades contempladas por la Ley, para el Estado peruano prácticamente no existiría actividad económica que no presente riesgos de financiamiento del terrorismo o de lavado de activos. También podríamos cuestionar por qué no se incluyeron en el listado de la Ley a otras actividades.

Tenemos entonces que una práctica, inicialmente originada por la autorregulación de las empresas que, en previsión de los riesgos ya mencionados desarrollaron programas de cumplimiento normativos, es tomada por el legislador y convertida en una obligación destinada a que las empresas internalicen los costos de prevención y persecución de determinadas actividades ilegales.

Es así que, incluso en los Estados Unidos, de donde proviene el concepto de *Compliance* ha habido decisiones estatales destinadas a trasladar los costos de prevención de delitos financieros hacia las empresas. Es así que en 1991 la *United States Sentencing Commission* emitió las «*Sentencing Guidelines*» una serie de guías destinadas a promover que las empresas desarrollen programas de cumplimiento, con la finalidad de prevenir incumplimientos relacionados con fraudes, evasión de impuestos, estafas y otros delitos.

Como veremos, en los casos de España y algunos países de Latinoamérica, resulta siendo un aliciente al desarrollo de programas de cumplimiento que las propias personas jurídicas puedan resultar responsables penalmente.

Parte fundamental de estos programas es el desarrollo de códigos de ética, los cuales suelen consistir en una serie de normas básicas que recogen el espíritu de las normas, simplificando la toma de decisiones en cuanto a la prevención de riesgos de incumplimiento. Así, conceptos como “conflicto de intereses”, “cero tolerancia a

corrupción”, “deber de informar”, lo que hacen es evitar que los funcionarios puedan escudarse en el desconocimiento de la vasta regulación para realizar actos ilegales a nombre de la empresa o con ocasión del ejercicio de sus labores dentro de ella. (Clavijo Jave, 2014, pág. 631)

La empresa es garante porque empieza una actividad productiva que supone riesgos para terceros. La actividad empresarial, así como es capaz de generar beneficios económicos a quienes la realizan, también supone riesgos, por ejemplo, para la salud de sus trabajadores, o de sus consumidores, o para el medio ambiente, etc. En ese sentido, es coherente asumir que la empresa sea garante de aquellos riesgos que son “desatados” por sus actividades. Respecto de aquellos riesgos que no, parecería excesivo imponerle una obligación de garante. Pero es exactamente lo que hacen las normas de la UIF. Existe una gran separación entre las actividades de un anticuario y el blanqueo de activos o las de un joyero y el financiamiento del terrorismo, sin embargo, en virtud de estas normas, la empresa asume un deber de vigilancia respecto de estas actividades. Siguiendo con los ejemplos de Lascurain, sería como que el empresario fuese responsable del hurto de la billetera de un proveedor que visita sus instalaciones. (Lascurain, 2014, pág. 9)

Sin embargo, nos dice Artaza, no sólo es necesario que el delito sea cometido por uno de los integrantes de la empresa en cuestión, sino además que este haya sido cometido en beneficio de la empresa, o de sus socios o directivos. (Artaza, 2013, pág. 545) Como veremos a continuación, ello no es necesariamente cierto, ya que para la legislación peruana, en el caso del oficial de cumplimiento en el marco de las normas que regulan a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), bastaría con que este haya tenido conocimiento de la comisión de un delito y no lo informase para que pueda ser sujeto de graves sanciones.

3.2.3. El oficial de cumplimiento asume la carga por sanciones a la empresa

En la sección anterior hemos visto que es necesario elaborar un razonamiento más o menos complejo para justificar que el Estado derive hacia la persona jurídica su deber de perseguir determinados delitos, y en caso ésta fallase, termine siendo sujeto de sanciones como consecuencia de los delitos cometidos por sus colaboradores. Ahora bien, las responsabilidades derivadas no terminan ahí, ya que en el caso de ser

considerado el oficial de cumplimiento como el responsable (y no sólo administrativamente, sino quien asumiría las consecuencias penales en caso de la falla del sistema de cumplimiento) estaríamos ante una delegación del deber de garantía por parte del empresario en un tercero que no es el empleado que incurre en la comisión de un delito ni el propio empresario que es quien se beneficia de la actividad que genera los riesgos.

Sería una especie de “garante delegado”, como sería, en el caso del perro bravo, un cuidador que contratara el dueño del perro. En el caso del perro, si el cuidador fallara, igual el dueño tendría que responder por los daños que el perro causara a terceros, porque lo que se contrata es la actividad de cuidado, no la asunción del riesgo. Bajo el mismo razonamiento, el oficial de cumplimiento no tendría que asumir las consecuencias penales de los delitos cometidos en nombre de la empresa.

En el caso de la legislación derivada de la Ley N° 27963, específicamente el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106, “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”, establece que “quien en incumplimiento de sus obligaciones funcionales o profesionales omite comunicar a la autoridad competente transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas complementarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...)”. De acuerdo con información difundida por la Asociación de Bancos del Perú – ASBANC, en el caso del oficial de cumplimiento, este artículo es la base para la atribución de responsabilidad penal para los oficiales de cumplimiento que incumplan con su deber de informar de las operaciones sospechosas que detecten. (ASBANC, 2019)¹

Entonces, si la empresa debe asumir responsabilidades por los delitos que se cometan ya no sólo derivados de sus operaciones, sino en el caso de las normas relacionadas con la UIF, con alguna relación con ellas, al punto que se encuentran obligadas a implementar todo un sistema para detectarlas, siendo este un garante de actividades que no se encuentran bajo su control, el oficial de cumplimiento terminaría siendo una especie de “garante del garante”, y en caso no cumpliera diligentemente con su función, podría terminar siendo sujeto de una sanción penal tan grave como ir a prisión.

¹ <https://www.youtube.com/watch?v=mcBx0DavLaY>

3.3. ¿Por qué en el Perú se prevé la existencia de programas de cumplimiento para determinados delitos y no para otros?

Como ya se ha explicado, en el Perú existen dos normas que se refieren a la figura de los programas de cumplimiento. Por un lado, está la Ley N° 27693, que regula las actividades de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), la cual obliga a las empresas que desarrollan determinadas actividades contempladas por la ley a implementar un sistema de cumplimiento y a crear la posición de oficial de cumplimiento, encargado de monitorear las transacciones riesgosas y de informar de estas a la UIF y a la alta gerencia de la empresa.

Por otro lado, tenemos a la Ley N° 30424 “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, la cual establece la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos de Cohecho Activo Genérico, Cohecho Activo Transnacional y Cohecho Activo Específico (Artículos 397,397-A y 398 del Código Penal), así como por los delitos relacionados con el lavado de activos, y el delito de colaboración con el terrorismo. Dentro de esta ley, se introduce en el artículo 12 un atenuante de la responsabilidad administrativa de las empresas, si es que estas hubieran adoptado e implementado antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención. así como la acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención. Asimismo, el artículo 17 señala que las personas jurídicas quedarían exentas de responsabilidad si es que, antes de la comisión de los delitos, esta hubiera implementado un “modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión.”

Sin embargo, pareciera que al legislador peruano sólo le interesase el potencial de los programas de cumplimiento cuando se trata de prevenir la comisión de determinados delitos y no otros. En el caso de la legislación derivada de la Ley N° 27693, es necesario considerar que la norma está destinada a crear la Unidad de Inteligencia Financiera, ente que según la propia definición de la Superintendencia de Banca y Seguros, “es la encargada de recibir, analizar y transmitir información para la detección del Lavado de Activos y/o del Financiamiento del Terrorismo” (SBS, s.f.) en ese sentido, es comprensible que el modelo de cumplimiento regulado en apoyo de esta agencia gubernamental esté limitado a los delitos que ella se encarga de detectar. Lo que resulta menos comprensible es que la legislación derivada de la Ley N° 30424 prevea la

atribución de responsabilidad a las personas jurídicas respecto de sólo un número reducido de delitos. ¿Por qué el sistema peruano privilegia tanto la función de los programas de cumplimiento en la prevención de delitos relacionados con la corrupción, lavado de activos, y terrorismo?

No es casualidad que haya sido una institución que ya se encontraba regulada para los casos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, la que se haya tomado como medida preventiva para los delitos de corrupción. De hecho su origen está íntimamente ligado a la Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca y Seguros, la cual al presentar los resultados de su Evaluación Nacional de Riesgos de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (documento elaborado con la finalidad de identificar vulnerabilidades que afectan al Perú mediante una evaluación de las características de las instituciones peruanas a fin de encontrar cuales eran las que facilitaban los casos de lavado de activos) reveló en uno de sus puntos que las conductas vinculadas con la corrupción pública eran consideradas por una gran sector de la población como algo que forma parte del actuar de las autoridades administrativas, como un requisito más para obtener determinados servicios públicos. (De la Haza Barrantes, 2018, pág. 283)

Entonces, es que incluso nuestra normativa sobre responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se deriva de una conclusión de la propia UIF, creada en el contexto de la primera generación de normas peruanas relacionadas con los programas de cumplimiento, lo que puede explicar por qué la implementación de la segunda generación sigue la visión reducida respecto al número de delitos que pueden dar origen a la atribución de responsabilidad administrativa derivada de delitos cometidos por representantes y funcionarios de las personas jurídicas.

Sin duda la regulación en materia económica ha jugado un papel importante en el desarrollo de los programas de cumplimiento. Incluso, su nacimiento está relacionado a las actividades del sector financiero. Por otro lado, históricamente la prevención de delitos de corrupción de funcionarios también ha estado presente desde el principio en el surgimiento de los programas de cumplimiento. Pero no se agota en ello. Basta pensar en algunas de las principales actividades económicas que se desarrollan en el Perú (comprendidas además en el listado de la Ley N° 27693), tales como la minería o las actividades relacionadas con los hidrocarburos, así como algunos de los principales titulares en la presente década, para darnos cuenta que las normas peruanas desaprovechan el potencial de los programas de cumplimiento.

Por otro lado, se podría pensar además de los programas de cumplimiento que deben implementar las empresas, pero no se ha mencionado a uno de los principales actores en la vida económica de los países: los Estados. Porque no sólo existen personas jurídicas privadas cuyos integrantes cometen delitos como parte de su trabajo dentro de la organización, también existen funcionarios públicos que cometen delitos (y los que están relacionados a la corrupción son sólo algunos de ellos). En ese sentido, podría hablarse de la aplicación de programas de cumplimiento dentro de los organismos públicos, sean empresas estatales o también entes que no desarrollen actividad empresarial, pero que también son capaces de generar riesgos de incumplimiento legal a causa de sus actividades. Ministerios, fiscalías, organismos reguladores, etcétera podrían adoptar elementos de los programas de cumplimiento corporativos, o bien desarrollar sus propios programas de cumplimiento adaptados a la realidad del sector público. (Gutierrez, 2018, pág. 108)

El programa de cumplimiento debe buscar el cumplimiento legal de toda la normativa penal (Clavijo Jave, 2014, pág. 647) y no sólo aquella a la que se refiere las leyes peruanas. En ese sentido, estos programas deberían adaptarse a las distintas regulaciones a las que está expuesta la empresa, así como a los rumbos que esta decida tomar en el ejercicio de sus actividades.

A modo de ejemplo, algunas actividades en las que podría extenderse la responsabilidad a las empresas y, por lo tanto, también promoverse su cobertura por parte de los programas de cumplimiento.

i. Delitos financieros

Un campo en el que el desarrollo de programas de cumplimiento puede prevenir que ocurran desgracias ya conocidas en el de los delitos financieros. De acuerdo con Navas, la correcta implementación de programas de cumplimiento pudo haber prevenido la crisis financiera que afectó gravemente a los Estados Unidos y Europa durante la década pasada. De acuerdo con este autor, la crisis tuvo una dimensión penal ya que muchos de los comportamientos de los agentes económicos pudieron tener cabida en alguno de los tipos penales comunes en las distintas legislaciones. Por ejemplo señala que las transacciones que se efectuaron con los llamados “derivados financieros” pudieron haber

calzado en el delito de falsedad de las cuentas anuales, o el comercio de los denominados “activos tóxicos” en los que se ocultaba la calidad de determinados créditos que eran negociados entre entidades financieras, pudo haber calificado dentro del delito de estafa, o el uso de determinada información privilegiada en transacciones de las bolsas de valores podría haber sido penalmente relevante. (Navas, 2012, pág. 480) Esto nos da una idea del enorme potencial de la atribución de responsabilidad hacia las personas jurídicas por actos cometidos por sus empleados o funcionarios con ocasión del desempeño de sus funciones dentro de ellas (y no sólo en su beneficio).

Fernández y Chanjan reconocen que el atribuir a las empresas la responsabilidad de vigilar a sus trabajadores y representantes para que no cometan determinados delitos y premiar a las que lo hacen de manera efectiva termina teniendo efectos muy positivos, por lo que una vez más nos preguntamos ¿por qué limitamos a los pocos delitos regulados en el Perú? (Fernández, 2016, pág. 374)

Un aspecto en el que perfectamente puede tener un efecto muy positivo la implementación de programas que busquen detectar riesgos de delitos cometidos por miembros de las empresas es en cuanto a la prevención de los delitos relacionados con operaciones financieras fraudulentas. Navas afirma que, de haber existido o haberse implementado con seriedad programas de cumplimiento que analizaran los riesgos de comisión de delitos en el contexto de la crisis financiera de la década pasada, ¿cuántas operaciones fraudulentas pudieron haber sido detectadas a tiempo, antes de que se causaran los enormes daños a la economía mundial? Para este autor, el aumento de las legislaciones a nivel mundial que atribuyen responsabilidad a las empresas por los actos de sus representantes o trabajadores es consecuencia directa de la crisis económica de la década pasada. (Navas, 2012, pág. 481) En el Perú, estamos todavía ante una fracción del potencial que los programas de cumplimiento nos ofrecen en este aspecto, en parte porque no sufrimos los estragos de la crisis financiera que se desató en Europa y Estados Unidos. Navas destaca la reflexión hecha por Bacigalupo en el sentido de que, si se trata de una economía globalizada, un derecho penal económico globalizado tendría que estar ya en la agenda mundial

y, por lo tanto, los programas de cumplimiento podrían enfocarse a ello también.

ii. **Salud y seguridad en el trabajo**

Asimismo, en materia de seguridad y salud en el trabajo, la Ley 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, establece la obligación por parte de los empleadores de implementar medidas de cumplimiento normativo, teniendo la obligación de prevenir los riesgos de la actividad y son ellos los que deben asumir los costos de implementar programas de cumplimiento normativo y quienes asumen la responsabilidad por no haber implementado dichos programas en caso se produjeran accidentes laborales. (Clavijo Jave, 2014, pág. 638)

Esta materia en particular ofrece todo un campo para el desarrollo de programas de cumplimiento, no sólo porque de un accidente fatal o incapacitante pueden desprenderse consecuencias muy graves tales como multas económicas por parte de las autoridades laborales o sectoriales y consecuencias penales para los representantes de la empresa, sino porque además estamos hablando del cuidado de la vida, la salud y la integridad de los trabajadores. Cobra especial relevancia si consideramos que en aspectos como el laboral, el concepto clave es la regulación efectiva, entendida esta como la combinación de la regulación y el control de cumplimiento.

El control de cumplimiento tiene a su vez varios componentes: la inspección, es decir el o los instrumentos previstos en la ley para controlar el cumplimiento de la legislación, que puede ser uno o varios. Otro aspecto importante (y particularmente relevante para lo que persigue este trabajo) es el de las sanciones, las cuales pueden ser económicas, pero, en uno de cada cuatro países de una muestra de ochenta y cinco, los incumplimientos laborales también prevén sanciones penales para los responsables. (Kanbur, 2018, pág. 373) Este estudio concluye que el comportamiento de los empleadores no sólo depende de contar con una legislación más drástica, sino, sobre todo, de la expectativa de recibir una sanción. En ese sentido, el extender la responsabilidad penal de las empresas a los casos de ilícitos cometidos por sus miembros

relacionados con infracciones a las normas de salud y seguridad ocupacional bien podría significar un cambio positivo en cuanto a las condiciones de seguridad de muchos trabajadores.

En ese sentido, resulta preocupante que al Estado Peruano le sea más importante el obligar a las empresas a prevenir el lavado de activos, al punto de obligarlas a adoptar programas de cumplimiento específicos respecto de ello, y no el proteger la vida de los trabajadores en sectores de alto riesgo, como el minero, la construcción o la pesca. Por el contrario, el alto número de accidentes de trabajo en el Perú no ha generado por parte del Estado una política que busque incentivar la creación de programas de cumplimiento en materia de salud y seguridad en el trabajo (Oré Sosa, 2018, pág. 197), incluso cuando este tipo de desgracias originadas por la informalidad y las malas condiciones han logrado conmover a la sociedad en casos como el de Mesa Redonda.

iii. **Medio Ambiente**

El lavado de activos y financiamiento del terrorismo son apenas dos aspectos relevantes dentro del universo de posibilidades de incumplimientos penales por parte de las empresas. Sin embargo, en el Perú existen otros aspectos que ya cuentan con una regulación que establece consecuencias para las empresas cuyos integrantes o representantes cometan delitos en su beneficio. Así, la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente establece que toda persona tiene el deber de contribuir a una efectiva gestión ambiental con la finalidad de prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Específicamente las empresas que llevan a cabo actividades que pudieran generar impactos al medio ambiente deben adoptar medidas de prevención de riesgos y daños al medio ambiente. (Clavijo Jave, 2014, pág. 637)

3.4. Regulación sobre cumplimiento en otros países

El Perú no es el único país en el que los programas de cumplimiento han sido introducidos por un mandato legal. Estos vienen siendo adoptados como una necesidad

que merece ser regulada por los distintos países, con algunos matices, como veremos a continuación:

3.4.1. Chile

Se ha elegido comenzar esta comparación con un país cuya realidad, en cuanto a la clase empresarial, es bastante similar a la peruana. Para el director del Centro para el Desarrollo Internacional de la Universidad de Harvard, Ricardo Hausmann, la cultura empresarial chilena sería “extremadamente cerrada”, con grupos empresariales familiares que provienen del mismo círculo. Para este investigador, la clase empresarial chilena está compuesta por personas que vienen de los mismos colegios y universidades y hasta con los mismos apellidos, con muy pocas empresas multinacionales. (Hausmann, 2015)

Resulta interesante el caso chileno, que pareciera ser un híbrido entre las dos situaciones, siendo que, una serie de mandatos legales destinados a imponer a las empresas ciertos deberes de prevención e información a las autoridades públicas, llevaron a estas de crear una posición denominada “oficial de cumplimiento”, probablemente emulando al mundo corporativo anglosajón.

La historia de esta figura inicia con una ley, la Ley N° 19.913 de 2003 (MINISTERIO DE HACIENDA DE CHILE, 2009), la cual, al igual que en el caso peruano, creó un ente estatal encargado de perseguir el lavado de activos, la Unidad de Análisis Financiero (UAF), así como también establece la obligación por parte de las empresas dedicadas a determinadas actividades económicas (similares al listado peruano) de brindar información a la UAF. Sin embargo, no crea una figura específica encargada de la detección de posibles operaciones vinculadas al lavado de activos al interior de las empresas, sino que sólo estableció el deber de designar a un funcionario responsable de relacionarse con la AUF, así la responsabilidad por parte de las empresas en caso de no brindar oportunamente esta información.

Posteriormente, en 2009 la Ley N° 20.393 introdujo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, lo que en la práctica ha requerido que las empresas desarrollen sus propios sistemas de prevención de delitos, uno de los cuales ha sido encargar al responsable de la relación con la AUF las funciones de prevención. A este funcionario en la práctica se le ha denominado en Chile “oficial de cumplimiento”.

Luego, en 2012, la Fiscalía Nacional Económica chilena publica el documento denominado “Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia”, el cual recomienda la creación de una posición específica al interior de las empresas cuya función sería la prevención de infracciones a las leyes de libre competencia. Este documento no es una norma, por lo que no establece obligación alguna para las empresas, siendo más bien una guía orientada al desarrollo por parte de las empresas de sistemas de prevención de delitos.

Adicionalmente a ello, en los últimos años se han venido produciendo una serie de escándalos relacionados con infracciones legales relacionadas con el desempeño social de las empresas (protección al consumidor, libre competencia, medio ambiente transparencia, gobierno corporativo, relación con la AUF y con el Servicio Nacional del Consumidor) (Reyes Duarte, Oficial de Cumplimiento Abogado), lo cual ha generado una producción normativa en cada uno de los ámbitos relacionados con dicho desempeño, provocando una situación similar a la que a finales de la década de 1980 originó en el mundo anglosajón el auge de la figura del *Compliance Office*, es decir ante una realidad de abundancia legislativa relacionada con la percepción que tiene la sociedad acerca del desempeño de las empresas, estas optan por encargar esta responsabilidad a un área específica a la que se denomina “de cumplimiento”, en la cual recaen tanto las funciones de prevención como las de relacionarse con la AUF.

3.4.2. Argentina

Otro país que muestra ciertas similitudes con nuestra realidad es Argentina, donde, al igual que en el Perú y en Chile, las acciones que llevan a cabo las empresas para prevenir riesgos de incumplimiento legal han tomado sus primeros pasos en el campo regulatorio en el marco de la legislación relacionada con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

La Ley N° 25.246 de 2000, crea la Unidad de Información Financiera en la Argentina (UIF Argentina). Esta ley establece una serie de obligaciones por parte de los sujetos obligados relacionadas a brindar información a la UIF Argentina respecto de las operaciones sospechosas de lavado de activos, las cuales incluyen realizar autorías y contar con procedimientos y manuales de cumplimiento (Ley N° 25.246., 2000). Al igual que en el caso peruano, la ley argentina establece la obligación de contar con un oficial de cumplimiento en materia de lavado de activos, el cual, según establecen las

resoluciones de la UIF Argentina el oficial de cumplimiento deberá ser un miembro del órgano de administración de la sociedad. En ese sentido, ante un incumplimiento de sus deberes de prevención, la UIF Argentina no sanciona sólo al oficial, sino que la sanción se hace extensiva al resto de miembros de dicho órgano.

3.4.3. Brasil

Un caso particular es el de Brasil, dado el interés que puede despertar en cualquiera de nosotros debido a los grandes escándalos de corrupción provenientes de dicho país y en donde probablemente la figura del oficial de cumplimiento, entendido como lo haría una corporación norteamericana, hubiera podido prevenir algunos de estos escándalos.

La Ley N° 9613, promulgada en 1998 (y posteriormente modificada en 2012 por la Ley N° 12683) creó el Consejo de Control de Actividades Financieras (COAF), equivalente a las unidades de inteligencia financieras en otros países. Esta agencia tiene la misión de prevenir el lavado de activos y la financiación del terrorismo, a través de la cooperación de los sujetos obligados.

Al igual que en otros países, la normatividad brasileña establece una lista de los sujetos obligados a rendir cuentas a la COAF, los cuales son todas aquellas empresas que tengan actividades (sean estas principales o accesorias) la captación de recursos financieros de terceros, custodia de títulos o valores mobiliarios, compra-venta de moneda extranjera; *leasing* y *factoring*; comercio de joyas, piedras y metales preciosos, objetos de arte y antigüedades entre otros. (GRUPO IBEROAMERICANO DE LA PRÁCTICA DE COMPLIANCE, 2015, págs. 39-53)

Estas empresas o personas naturales están obligadas a identificar a sus clientes y mantener un registro actualizado de todas las transacciones que excedan los límites establecidos por la autoridad y reportar al COAF las transacciones que excedan dichos límites. No se establece la obligación de contar con una figura que podamos equiparar con el oficial de cumplimiento.

3.4.4. España

En el caso español, se asocia la figura de los programas de cumplimiento con el manejo de riesgos penales vinculados la corrupción de funcionarios. En los últimos

años, en España se han apreciado una serie de escándalos de corrupción de funcionarios, los cuales, por relaciones políticas, sociales o de cualquier otra índole acaba formando parte de red de relaciones clientelares en las que se favorecen a determinados negocios o grupos empresariales. La corrupción en España ha traído abajo gobiernos de las comunidades autónomas, y hasta el último gobierno nacional.

Ante esta situación, inicialmente han sido las empresas privadas las que se habrían visto incentivadas a desarrollar programas de cumplimiento normativo. En el caso español, al principio se extendió la idea entre los funcionarios de gobierno y la clase empresarial ibérica es que no se necesitaba mayor desarrollo normativo, sino de técnicas destinadas a reducir las oportunidades de que la empresa o sus representantes incumplan la normatividad penal, especialmente en cuanto a actos de corrupción. La reducción de las posibilidades de incumplimiento legal pasa por el diseño de la organización misma. Hablamos de personas, lugares y objetos que son diseñados para evitar la posibilidad de la comisión de actos ilegales.

La conclusión a la que habría llegado el empresariado español es que lo que hace falta no es emitir mayor cantidad de normas, “sino de diseñar controles para que se cumplan”. (Gutierrez, 2018, pág. 123) Así, el *Compliance* es visto como una inversión que realiza la empresa.

La responsabilidad por parte de las empresas por los actos de sus colaboradores aparece en el sistema español en 2010. (Fourey Gonzales, 2017, pág. 83) Desde la reforma del código penal en 2010 se regula la responsabilidad por parte de las empresas derivada de ilícitos penales cometidos por sus integrantes y desde 2015 se introduce el eximente para aquellas empresas que contasen con modelos de prevención de delitos.

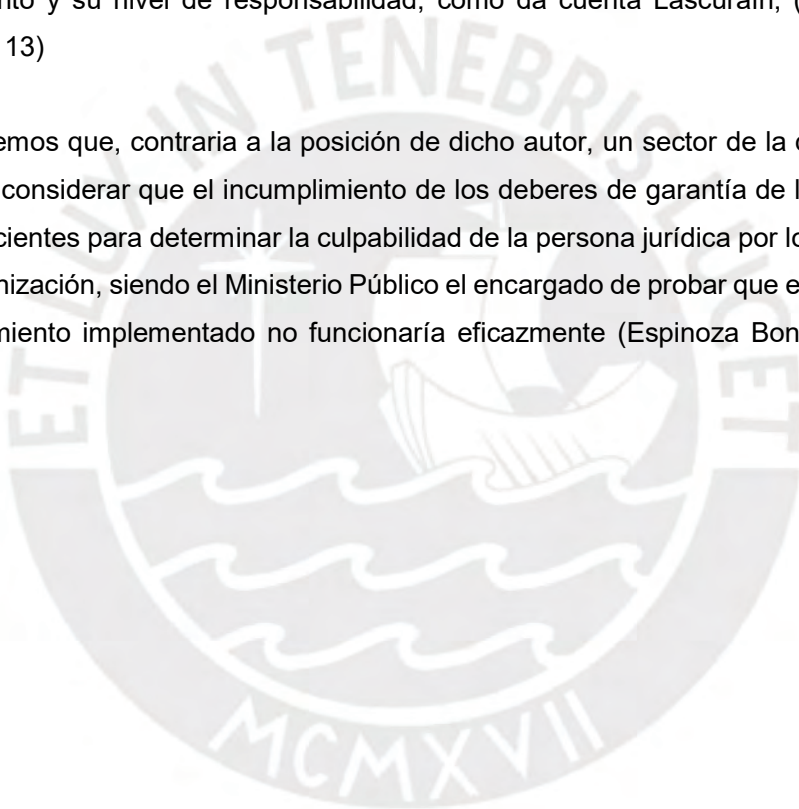
Al igual que en el caso peruano, en España la Ley 20.393 prevé que las empresas puedan eximirse de responsabilidad penal en caso que cuenten con programas de cumplimiento, sistema o modelo de prevención de delitos. A manera de guía, en 2017 la Asociación Española de Normalización (AENOR) publicó la norma UNE 19601 sobre “Sistemas de gestión de *Compliance* penal”, la cual puede ser utilizada como eximente de responsabilidad por parte de las empresas, siempre que su implementación se encuentre auditada por un tercero.

El sólo hecho de que la empresa adopte la Norma UNE 19601 no implica que esta quede exonerada de responsabilidad penal. Sin embargo, de acuerdo con la circular

1/2016 de la Fiscalía General del Estado, una vez certificada en la UN19601, esta sí debería ser valorada como un elemento adicional para eximir a las empresas de responsabilidad penal. (Fourey Gonzales, 2017, pág. 87)

La Fiscalía Nacional española ha sostenido que la responsabilidad penal de las empresas no deriva de la sola comisión de delitos por parte de sus colaboradores o representantes, sino que es consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de dirección y supervisión de esta, los cuales se traducirían en su incapacidad para advertir su utilización para la comisión de delitos. (Artaza, 2013, pág. 547) Esta situación favoreció el debate de cuáles eran las funciones del oficial de Cumplimiento y su nivel de responsabilidad, como da cuenta Lascuráin, (Lascuráin, 2014, pág. 13)

Igual, vemos que, contraria a la posición de dicho autor, un sector de la doctrina se inclina por considerar que el incumplimiento de los deberes de garantía de la empresa serían suficientes para determinar la culpabilidad de la persona jurídica por los defectos en su organización, siendo el Ministerio Público el encargado de probar que el programa de cumplimiento implementado no funcionaría eficazmente (Espinoza Bonifaz, 2017, pág. 14)



CAPÍTULO VI: ANÁLISIS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PREVISTOS EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

4.1. ¿Debe regularse la adopción de programas de cumplimiento?

Tal como lo advierte Bedecarratz, la creación de sistemas de autorregulación, más allá de la aplicación concreta en cada país en donde es adoptada, presenta conceptualmente un problema de indeterminación que afecta el principio de legalidad. (Bedecarratz, 2018, pág. 209) Al establecer consecuencias legales por la falta de implementación (o implementación defectuosa) de programas de cumplimiento, los cuales, como hemos mencionado previamente, pertenecen más a los sistemas de calidad de la empresa, el derecho penal ha irrumpido en un aspecto de la vida empresarial que pareciera pertenecer más a las ciencias administrativas.

Al igual que otros aspectos que forman parte de la gestión integrada de las empresas, el cumplimiento normativo ha sido objeto de todo un desarrollo por parte de las ciencias administrativas, así como también ha generado todo un mercado de profesionales y expertos en ella, cursos de posgrado, consultorías y, por supuesto, certificaciones. Como ya ha ocurrido con la gestión de calidad, la salud y seguridad en el trabajo, el medio ambiente, la responsabilidad social y un largo etcétera, ya existen consultoras que ofrecen a las empresas el servicio de implementar el área de cumplimiento, y, por supuesto, no tardó en aparecer una norma ISO (en realidad se trata de dos normas ISO, la 19600 y la 37001) referida a Cumplimiento. Por lo tanto, desde el mundo de los negocios ya se va llegando a un consenso acerca de cuál debe ser el contenido de un programa de *Compliance*. (KPMG, pág. 2)

La justificación que ofrecen autores como Espinoza Bonifaz es que los delitos a ser prevenidos han evolucionado, se han vuelto más complejos y la ausencia de responsabilidad penal de las personas jurídicas parecía ser cómplice de esta criminalidad empresarial compleja. (Espinoza, 2017, pág. 192)

Es por este motivo que, en lo que va del siglo XXI han empezado a surgir en las distintas legislaciones occidentales normas que atribuyen consecuencias administrativas contra las personas jurídicas como consecuencia de los ilícitos penales cometidos por sus miembros. Pero, además, como una continuación de ello, han aparecido normas a través de las cuales los Estados ordenan a las empresas con mayor

o menor grado de coacción implementar medidas para combatir la criminalidad empresarial.

Frente a la interrogante de si es que es legítimo que el Estado traslade de manera obligatoria su deber de perseguir ciertas conductas hacia las empresas, hemos visto que algunos autores encontrarían alguna justificación a ello debido a que si los riesgos de incumplimiento son generados por la actividad de la empresa, entonces es razonable que el costo de prevenir dichos riesgos sea asumido por quien realiza la actividad riesgosa, como lo que ocurre con los seguros obligatorios de accidentes de tránsito que deben adquirir los propietarios de autos, sólo que en vez de un seguro, en el caso del *Compliance*, los Estados obligan a las empresas a contratar a un copiloto, a cambio de poder atenuar la responsabilidad del conductor en caso de que cometa una infracción mientras el copiloto se ha quedado dormido (Lascurain, 2014, pág. 8).

Hasta ahí, parece existir cierta racionalidad en la obligatoriedad de los programas de *Compliance* como es el caso de la Ley N° 27963. A partir de ahí, cada Estado decide cuáles infracciones deben ser vigiladas por este copiloto y cuáles no son de su incumbencia. Es como si el copiloto tuviera que asumir total responsabilidad por las infracciones que impliquen exceder los límites de velocidad, pero ninguna respecto de pasarse los semáforos.

Por otro lado, existen estudios que concluyen que la efectividad de los programas de cumplimiento mandatorios es bastante relativa, ya que el hecho de que se hayan ido desarrollando normas que atribuyen responsabilidad a las empresas por los ilícitos penales de sus integrantes ya parecía un suficiente aliciente para que estas desarrollen su propio modelo de prevención, ya sea adoptando el modelo anglosajón o desarrollando modelos de prevención originales de acuerdo a sus propias necesidades. (Godoy Uson, 2018, pág. 203)

Como hemos mencionado, los programas de cumplimiento surgen en el mundo corporativo norteamericano como una iniciativa privada de las empresas para prevenirse a sí mismas de un creciente riesgo de incumplir una normatividad que se iba volviendo cada día más abundante y compleja. Es verdad que luego esto pasa a ser sujeto de regulación, pero en esencia, el origen de los programas de cumplimiento no es muy diferente de otras herramientas corporativas como la implementación de sistemas de calidad o los programas de responsabilidad social. Toda actividad humana, incluidas las actividades económicas, implica un riesgo de causar perjuicios a quien la

desarrolla o a terceros (el llamado “tort”). Así que contratamos seguros, desarrollamos normas internas, contratamos supervisores y auditores que revisen el funcionamiento de nuestros sistemas diseñados para prevenir riesgos. Desarrollamos una compleja red de procesos y responsabilidades destinadas a protegernos de esos riesgos. Algunos de esos riesgos resultan siendo tan relevantes que se vuelven objeto de regulaciones y las medidas para prevenirlos pasan de ser medidas voluntarias de los particulares a obligaciones legales. Corresponde detenernos brevemente a analizar si es que la regulación por parte del Estado de una figura cuyo origen es voluntario puede o no producir los efectos deseados.

En el caso de los programas de cumplimiento, tenemos a la vista dos posibles respuestas:

- a) Los programas de cumplimiento responden a una necesidad de las empresas y por lo tanto son estas las que deben definir cuáles son sus funciones o si es que realmente necesitan contar con esta figura y determinar de acuerdo a sus necesidades cuáles son sus funciones y la línea de reporte de los funcionarios encargados; o
- b) El cumplimiento legal es un asunto de interés público, por lo tanto, trasciende a las necesidades de las empresas, por lo que la manera de gestionarlo, así como las actividades del funcionario encargado de este debe ser definido por mandato legal, así como sus funciones y línea de reporte, la cual debe incluir a la autoridad o autoridades encargadas de perseguir determinados comportamientos.

Existen posiciones que sostienen que la adopción de un programa de *Compliance*, así como sus características debe provenir de una decisión privada por parte de la empresa luego de analizar sus propias actividades, la normativa que le sea aplicable, su estructura y otros factores. En ese sentido, resultaría peligroso que desde el Estado se imponga no sólo la obligación de implementar sistemas de *Compliance*, sino también características tan específicas de estos como el rango que debe tener dentro de la organización el encargado del sistema de *Compliance* y su línea de reporte. (Clavijo Jave, 2014, pág. 647).

Por otro lado, tenemos que las empresas a veces pueden necesitar un “aliciente” para tomar acción respecto de los riesgos a los que están expuestas o siquiera notar

que estos existen. Clavijo cita un estudio llevado a cabo por la consultora PriceWaterhouseCoopers sobre episodios de delitos económicos sufridos por empresas en 90 países, en el que el Perú triplicaba el porcentaje de empresas que había sufrido un delito económico en los últimos 24 meses con 19.5% frente al 6.3% promedio. De las empresas peruanas que declaraban que no habían sufrido delitos económicos, el 41,4% no realizaba evaluaciones de riesgos de fraude ni contaban con algún mecanismo de prevención de delitos económicos que se pudieran producir como consecuencia de las actividades de estas. (Clavijo Jave, 2014, pág. 629) Es decir, no es que no hubieran sufrido tales delitos o que no se encontrasen en riesgo de sufrirlo, sino que un número significativo de las empresas ni siquiera medía sus riesgos. Lo que afirmamos es que, si las agencias estatales encargadas de perseguir determinados delitos advierten que existe un riesgo que los privados no perciben (o no quieren percibir), parece razonable que el Estado llame la atención hacia dicho riesgo.

Un antecedente de intento de obligar a empresas a adoptar buenas prácticas que inicialmente eran voluntarias proviene de Chile, donde entre 2012 y 2014 la Superintendencia de Valores y Seguros obligó a las sociedades anónimas abiertas a responder un cuestionario sobre la implementación de determinadas prácticas relacionadas a la profesionalización de los directorios y la implementación de políticas de responsabilidad social empresarial. La norma, que inicialmente contemplaba 19 prácticas y que posteriormente fue ampliándose hasta alcanzar 99 prácticas, seguía la modalidad denominada “comply or explain”, es decir que la norma permitía que las empresas no necesariamente implementaran todas las prácticas. En caso de no implementar determinadas normas, las empresas debían justificar el por qué no lo hacían. (Godoy Uson, 2018, pág. 16)

Lo interesante es que cuando un grupo de investigadores pretendió medir la eficacia de esta norma en cuanto a si logró que las empresas obligadas implementasen las políticas por las que se consultaba, resulta que, si bien el 65% de las prácticas fueron implementadas, antes de la norma ya había un 59% de implementación, concluyendo que las evidencias arrojaban que las prácticas, por muy saludables que se considerasen, no se imponen por mandato legal sino porque las empresas son capaces de identificar que dichas prácticas les son ventajosas.

Es claro que las leyes peruanas, especialmente las normas que regulan la actividad de la UIF, han optado por la posición que sostiene que el Estado tiene la capacidad de imponer la adopción de buenas prácticas por parte de las empresas incluso en un caso

como este, en el que como ya se ha mencionado, el origen de esta figura no ha sido en sus inicios una creación del legislador, sino una respuesta a una realidad, que era que en ciertas industrias, el volumen regulatorio era tal que, más que potenciar un área legal, lo que se buscó fue una posición que pudiera desarrollar preceptos básicos basados en la esencia de las normas, más que en la literalidad de las mismas, a fin de evitar que las compañías estuvieran expuestas a mayores riesgos.

Aun cuando aceptemos que la figura del oficial de cumplimiento puede regularse, queda pendiente preguntarnos cuál sería el nivel de responsabilidad que debería asumir este personaje en caso de incumplimiento, a la luz de la doble función que podría cumplir (Lascurain, 2014, pág. 11), y más aún cuando observamos que en el Perú coexisten dos normativas de igual rango que establecen consecuencias distintas para las empresas en caso de no contar con un sistema de cumplimiento. En el caso de las normas de la UIF, vemos que la omisión de contar con esta figura estaría sancionada, mientras que en el caso de la Ley N° 30424, se opta (supuestamente) por premiar a quien sí cuenta con este sistema, no de sancionar a quien no cuenta con él.

En todo caso, los argumentos que desarrolla Espinoza sobre la creciente preocupación estatal por el aumento de las actividades de crimen organizado, sus complejas redes de poder y la gravedad de los delitos que se encuentran detrás de las actividades como el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el cohecho, parecen ser una justificación razonable para que el Estado pueda considerar necesario incentivar a las empresas a desarrollar mecanismos de prevención. (Espinoza, 2017, pág. 193)

Una pregunta que quedaría pendiente de responder es ¿por qué al Estado le preocupan tanto los riesgos relacionados con esos delitos y no otros? ¿por qué para los riesgos de algunos delitos se prevé la obligación de tener un programa obligatorio y para otros uno voluntario? ¿por qué para otros riesgos, como los delitos relacionados con la seguridad laboral o los delitos relacionados con el medio ambiente no tenemos ninguno? ¿por qué limitar los programas de cumplimiento sólo a los particulares y no al propio Estado?

Un motivo para contar con un programa de cumplimiento que exceda el ámbito de nuestra legislación es que, en términos generales, más allá de cuántos delitos se quieran incluir en la norma de cada país que atribuye responsabilidad a las empresas por los delitos cometidos por sus representantes, se puede afirmar que el contar con un

programa de cumplimiento sirve más allá de la liberación o atenuación de responsabilidad de la empresa:

- Entre sus efectos está que permitirá a la empresa detectar las posibles fuentes de responsabilidad penal para sus propios funcionarios, ya que estos permiten la identificación de los riesgos de comisión de delitos dentro de las actividades de la empresa.
- Permite elevar la valla de la diligencia exigible a las personas naturales que actúan dentro de la empresa (y, por lo tanto, redundando en subir la valla de las personas jurídicas también). Si la empresa implementa con seriedad su programa de cumplimiento que sea suficiente para liberarla de responsabilidad por los delitos de sus funcionarios, elevará por sí misma el estándar de diligencia para detectar actos ilegales, y permitirá medir la responsabilidad de las personas naturales a las que los programas de cumplimiento asignen deberes. (Clemente Casas, 2011, págs. 37-38)

4.1.1. El deber de conocer la norma

En realidad, la justificación de contar con un sistema de cumplimiento no es en absoluto algo moderno. Muy en el fondo, hablamos de un principio absolutamente básico y antiguo que es el de “ignorantia non excusat legem” (la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento) (Valdéz Ríos, pág. 274). En el Perú este principio se traduce en la disposición constitucional que establece la obligatoriedad del cumplimiento de la ley desde el día siguiente a su publicación, presumiendo que esta es conocida por todos.

El profesor español Liborio L. Hierro afirma sobre este principio que su razón de ser es más práctica que moral. Así, Hierro indica no tener duda sobre la conveniencia de esta regla, incluso la considera necesaria, pero las razones para ella resultan insatisfactorias. Como es lógico se justifica la regla en una razón utilitarista, ya que, de ser admitida la ignorancia del derecho como justificación para su incumplimiento, esto haría que antes de definir la infracción a la ley de turno, sea necesario definir si el destinatario de la misma la conocía, haciendo impracticable la administración de justicia. Hierro sostiene que en lo que consiste esta regla es en la obligación de conocer toda aquella legislación que le sea aplicable al sujeto. (Hierro, 2014, pág. 20) A manera de comentario personal, podríamos decir que el primer paso de cualquier programa de

cumplimiento consiste precisamente en conocer la legislación aplicable a la propia empresa.

Hierro deconstruye el principio en sus distintos aspectos. Así, por ejemplo, en cuanto a la función de las normas, existen normas de función restitutiva y normas de función represiva. Respecto de las primeras, el principio de ignorancia no excusaría a quien causa un daño o perjuicio de reponer las cosas al estado en que se encontraban antes de producirse el daño. Para ello, quien causa daño por infracción de una norma no puede ampararse en su desconocimiento. La respuesta del operador jurídico sería “no conocía la norma y por eso omitió pagar, pues ahora que ya la conoce, pague.” (Hierro, 2014, pág. 7)

Pero las normas que establecen responsabilidad de las empresas por los ilícitos de sus representantes van más allá de la lógica de las normas de función restitutiva, ya que imponen consecuencias punitivas. No se trata de la responsabilidad como tercero civil que puede recaer en una empresa, sino de la imposición de sanciones de distinta índole, que pueden generar desde suspensiones hasta la extinción de la persona jurídica, con lo cual la gravedad de la sanción puede equipararse con las más graves consecuencias penales.

En el caso de las normas de función represiva ¿la ignorancia no debería ser, por lo menos, un atenuante? ¿debo sufrir la sanción por una acción que yo no sabía que era delito? ¿es que acaso el legislador asume que todo sujeto de derecho tiene un conocimiento de las normas tan basto que conoce todas aquellas que le son aplicables?

Incluso, yendo más allá, hay normas que prohíben determinadas acciones porque son malas “por sí mismas” o “mala in se”, como por ejemplo el cometer un asesinato o sobornar a una autoridad para que conceda una licencia a quien no cumple con los requisitos para ella y acciones que son malas porque existe una norma que las prohíbe o “mala prohibita”, como el dar una vuelta en U en un lugar donde existe un letrero que lo prohíbe o que un particular brinde una recompensa a un funcionario público por haber cumplido con su deber.

4.1.2. Una aparente contradicción

En el caso de la conducta mala por sí misma, el desconocimiento de la ley que la prohíba sería irrelevante para la aplicación de la sanción, pero en el caso de la acción

“mala prohibita”, sería más discutible. Sin embargo, aunque nos desgañemos jurándole al policía que no vimos el letrero de “prohibido voltear en U”, este se encontrará obligado de ponernos la papeleta. De la misma manera, las consecuencias punitivas de los ilícitos penales cometidos por representantes de las empresas no se eximen por el desconocimiento de esta respecto de su prohibición. Por el contrario, las normas que “estimulan” la implementación de programas de cumplimiento premian que la empresa conociera la obligación de cumplir determinadas normas, a pesar de que sus funcionarios o agentes luego resulten incumplíéndolas.

Esta aparente contradicción nos conduce al error de prohibición. Por este error, el sujeto que comete un delito ignora o carece de la intención de delinquir. Claro, sólo en el caso de los delitos culposos el error sería relevante, porque en aquellos en los que existe la intención de cometer el acto punible, el hecho de que se conozca o no la norma no es relevante.

En el caso de los delitos culposos, que es lo que más se puede asemejar a la posición de la empresa que está por sufrir las consecuencias de un ilícito cometido por su agente o representante, el contar con el programa de cumplimiento implica que la empresa realiza las acciones que considera necesarias para prevenir determinados delitos, tales como contar con un sistema de detección de riesgos, un canal de denuncias, un encargado del funcionamiento del sistema y en general toda una organización destinada a prever la comisión de ilícitos. A pesar de ello, el ilícito se comete, y por lo tanto, la empresa se haría merecedora de la sanción administrativa, sin embargo esta se atenúa o se le exime de ella debido a que la empresa habría actuado de manera diligente.

Según Hierro, el régimen penal se extiende también al ámbito administrativo. Sin embargo, también advierte que cuando una actividad de carácter profesional, técnica, industrial, o comercial se entiende especialmente sometida a una obligación de diligencia, se le impone una especial severidad en el ámbito administrativo. Que es lo que ocurriría con las empresas que no controlan adecuadamente las acciones de sus representantes. En ese caso, señala Hierro, el carácter profesional o industrial excluye la posibilidad de error “en razón a su obligación de no equivocarse” (Hierro, 2014. p. 27).

En ese sentido, lo que el profesor español quiere decirnos es que quien por propia voluntad realiza una actividad que está especialmente regulada, asume una obligación de mantenerse informado o asesorado sobre las condiciones para ejercer dicha actividad. Por lo tanto, a este sujeto el error no debería bastarle para eximirlo de sanción,

aunque admite que tratándose de un error “vencible” podría ser admitido para efectos de servir como atenuante.

Toda una serie de cuestiones nuevas salen a la luz del artículo de Hierro, y es que en el fondo, la obligación de mantenerse informado respecto de la legislación que le es aplicable a las empresas, más que llevarnos a concluir que se debe “premiar” el contar con un programa de cumplimiento, lo que debería hacerse es sancionar con severidad los incumplimientos normativos y dejar que sea la propia empresa la que determine cómo cumple de mejor manera con su obligación de mantenerse informada de la legislación. Si es a través de la implementación de un programa de cumplimiento como el que se pretende vender hoy en día, en buena hora, pero si la empresa descubre que no es a través del programa de cumplimiento, sino de alguna otra manera (potenciar al área legal, tal vez), eso lo tendría que definir la propia organización.

4.2. La naturaleza de la sanción a la persona jurídica como consecuencia de los ilícitos cometidos por sus colaboradores

Como ya hemos mencionado, uno de los países que se “adelantaron” al Perú en la regulación de la responsabilidad penal de las empresas ha sido España, donde el artículo 31 bis del Código Penal, agregado por la Ley Orgánica 5/2010 establece que la persona jurídica puede resultar penalmente responsable por determinados delitos cometidos por sus integrantes en provecho de esta. En el caso de personal subordinado, la empresa respondería en caso que no se tuviera el debido control sobre dicho personal.

A primera impresión, lo que esta norma habría establecido es una responsabilidad vicaria. La persona jurídica responde por los delitos que cometan sus representantes o agentes, siendo irrelevante si es que la empresa tenía controles internos para prevenir tales delitos. En ese sentido, la Fiscalía General del Estado podría considerar a los programas de control interno como una “guía” para analizar si se tenía el debido control de los subordinados (Circular FGE 1/2011). (Leandro Vieira Da Costa, 2018, pág. 82)

Mediante la Ley Orgánica 1/2015, se introdujo la delimitación de lo que se consideraba el debido control sobre el personal subordinado, denominado “modelos de organización y control”, los cuales podían ser una causa de exención de la

responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, la Fiscalía General del Estado no descartaba la responsabilidad de las personas jurídicas solamente con la implementación de estos modelos, sino que era la propia empresa la que debía probar no sólo su existencia, sino también su idoneidad para el control de los subordinados.

El Tribunal Supremo español ha considerado necesario aclarar cuál es el modelo de atribución de responsabilidad, sobre quién recae la carga de la prueba sobre la idoneidad de los modelos de organización y la articulación entre la responsabilidad penal de la persona jurídica y la de sus integrantes. (Leandro Vieira Da Costa, 2018, pág. 83)

Como ya hemos mencionado, el hecho de que el contar con programas de cumplimiento (llamados “modelos de organización y control” en la legislación española) pueda eximir o atenuar la responsabilidad de la persona jurídica por los ilícitos cometidos por sus miembros implica una contradicción: Por un lado se castiga la omisión del deber de cuidado de la empresa, cuya actividad genera el riesgo de comisión de los delitos, y por otro lado se premia la implementación de un sistema destinado a prevenir que se concrete dicho riesgo, pero que, de no haber fallado, no se habría cometido ningún delito. Es decir, se termina premiando el contar con un sistema defectuoso.

Si bien la legislación española presenta el mismo defecto que la peruana, es decir que parecería premiar la implementación de un modelo defectuoso, la Fiscalía parecería haber intentado corregir la ligereza del legislador precisando que las empresas deben probar la idoneidad del modelo. En otras palabras, “ya que falló, demuéstreme que ese fallo no estaba dentro de lo previsible”, lo que parece ser coherente con la idea del error “vencible” que presenta Hierro.

De igual manera, concuerda con lo desarrollado por Hierro el Tribunal Supremo Español, al considerar que el principio de culpabilidad exige que la persona jurídica sólo pueda responder por los ilícitos cometidos por sus miembros si es que la comisión de tales ilícitos se deriva de un hecho propio, que sería la omisión o falta de idoneidad de los controles internos para prevenir el riesgo de comisión de los delitos.

Esta posición del Tribunal Supremo Español es mucho más coherente que la atenuación o exención de responsabilidad por contar con los controles, ya que no “premia” el contar con un modelo fallido, sino que sanciona la omisión de contar con un modelo adecuado o no contar con un modelo del todo. No es una diferencia menor, aunque la consecuencia pueda parecer la misma. En nuestro caso se genera un sistema

contradictorio, mientras que en la posición del Tribunal Supremo español se guarda la coherencia.

Leandro menciona el caso de la sentencia del Tribunal Supremo 154/2016, que confirma una sentencia por delito contra la salud pública. En dicho caso, la Sala Penal del Tribunal resolvió que el delito contra la salud pública lo comete el funcionario. Constatado ello, la empresa podría responder penalmente si es que carecía de las medidas de control eficaces para prevenir o evitar “en lo posible” la comisión de los delitos. En ese sentido, el Tribunal Supremo confirma que la responsabilidad de la persona jurídica no proviene de una atribución vicaria, sino de un hecho propio, que es el no contar con el modelo de prevención, criterio que, de acuerdo con la penalista española Patricia Leandro Vieira Da Costa, se ha mantenido en sentencias posteriores. (Leandro Vieira Da Costa, 2018, pág. 84)

Si la atribución de responsabilidad penal fuera vicaria, la existencia o no de un modelo de prevención sería irrelevante, bastando para la Fiscalía probar que el delito fue cometido por un miembro de la persona jurídica. Por el contrario, si la responsabilidad deriva de un hecho propio, que es el no contar con un modelo adecuado, la siguiente pregunta es ¿quién debe demostrar la idoneidad de modelo?

La Fiscalía había adelantado previamente que, para ella, la carga de la prueba debía recaer en la empresa, que debía demostrar no sólo que contaba con un modelo de prevención, sino además que este era adecuado para prevenir el delito cometido. Como ya hemos dicho, esto supone por sí mismo un problema, que es demostrar que el delito no se comete por un error vencible.

Sin embargo, el principio de presunción de inocencia nos lleva a atribuir la carga de la prueba en la acusación. Es decir, aunque la Fiscalía quiso liberarse de la carga de la prueba, para el Tribunal Supremo, como en cualquier otro delito, era ésta la que debía demostrar que, o el modelo de prevención no existía o que era inadecuado. Así lo indicó la sentencia 154/2016 ya mencionada y las 221/2016 y 668/2017. Esta última, sobre delito ambiental, señala que no se puede condenar a la empresa en ausencia de “todo hilo argumental encaminado a hacer valer una base fáctica ligada a la ausencia de medidas de control eficaz para evitar la actividad de contaminación”. Incluso para la imputación de la persona jurídica como responsable, es necesario que existan indicios de ausencia o defecto grave de los mecanismos de control, tal como lo indica el auto

que denegó la imputación del Club Atlético Osasuna por supuesto delito de corrupción deportiva. ” (Leandro Vieira Da Costa, 2018, pág. 85)

Respecto a la supuesta articulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica con la del miembro que comete delito, queda claro que, tratándose de responsabilidades que derivan de hechos propios de cada uno, las responsabilidades penales de cada uno son independientes. De esta manera, si la comisión de un delito no implica necesariamente la omisión del deber de implementar un modelo de prevención, la ausencia o falta de idoneidad del modelo de prevención podría darse incluso si no se llega a cometer delito por parte del miembro de la persona jurídica, y tampoco necesariamente existe la obligación hacia la fiscalía de perseguir a la persona jurídica por la comisión de un delito por parte de uno de sus miembros.

Así como la comisión de un delito por parte de un colaborador no implica necesariamente la responsabilidad por parte de la persona jurídica, dentro de la aplicación de la legislación española, también se ha interpretado que puede existir un procedimiento penal dirigido únicamente contra la persona jurídica por el incumplimiento del deber de contar con el modelo de prevención. Ello parecería entenderse del auto de la Audiencia Provincial de Badajoz 285/2017, que confirmó la admisión a trámite de una querrela contra un partido político pero no contra las personas naturales querelladas. Por otro lado, en la sentencia de la audiencia provincial de Barcelona de fecha 14 de diciembre de 2016 se condenó al Fútbol Club Barcelona por dos delitos contra la Hacienda Pública, sin que se condenara a ninguna persona natural, debido a que se había comprobado que el Barcelona no contaba con un programa de cumplimiento y prevención de delitos (*Compliance*). (Leandro Vieira Da Costa, 2018, pág. 89)

Un dilema conceptual que se plantea es si realmente el delito cometido por un alto directivo de la empresa “en nombre y provecho de esta” se trata de un hecho ajeno y no propio de la empresa. ¿Acaso no son los altos ejecutivos de las empresas los que deciden implementar un programa de cumplimiento que, por los motivos que fuera, resulta siendo insuficiente para prevenir los riesgos de comisión de delitos? ¿No hay en ello una transferencia también, al responder la persona jurídica por la conducta negligente de sus directivos, que son los que deciden implementar mal el sistema de cumplimiento? (Clemente Casas, 2011, pág. 28) De la experiencia española pueden desprenderse interesantes conclusiones:

- a. En su aplicación, la legislación española no “premia” a la organización por contar con un modelo de prevención, sino que castiga la ausencia del mismo.
- b. La responsabilidad de la persona jurídica no es vicaria, sino que deriva de un hecho propio, que es el no contar con un modelo de prevención de ilícitos por parte de sus integrantes.
- c. No se limita a la aplicación de un sistema de *Compliance* cuyas características básicas ya se encuentren preestablecidas, sino que la obligación es la de contar con un modelo que sea idóneo.
- d. Al derivar de hechos distintos, es posible tanto que exista responsabilidad de las personas físicas que no implique responsabilidad de la persona jurídica, como que se impute a la persona jurídica el incumplimiento del deber de contar con un modelo de prevención, a pesar de que las personas naturales no tengan responsabilidad penal alguna.

Algunas cuestiones similares han sido planteadas en Chile respecto de la Ley 20393, a partir de la cual las personas jurídicas deben responder penalmente por el delito de cohecho. El artículo 3 de la Ley 20393 establece lo siguiente:

Artículo 3°.- Atribución de responsabilidad

“Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa o inmediatamente en su interés o provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuera consecuencia del incumplimiento por parte de ésta de los deberes de dirección y supervisión.

(...)

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos (...).”

La norma chilena incurre en la misma limitación que la peruana en cuanto a que se restringirse sólo a una lista breve de delitos. Sin embargo, un aspecto muy positivo, como podemos apreciar, es que la redacción de la norma chilena es bastante más clara que la española y que la peruana, ya que de ella queda establece que no se trata de una responsabilidad vicaria, sino que la obligación de la persona jurídica son los deberes de dirección y supervisión, los cuales se cumplen si es que tiene implementado un modelo de prevención. Esto se debe, según Artaza y Galleguillos a que la doctrina penal chilena ha fijado como límite la prohibición de la responsabilidad objetiva o la responsabilidad por hecho ajeno (Artaza, 2013, pág. 545)

Es por ello que las empresas sólo pueden ser sancionadas cuando el delito haya sido cometido por uno de sus miembros y en interés directo e inmediato de la propia empresa. No se trata entonces de una responsabilidad por cualquier acto de corrupción cometido por un miembro de la empresa, sino específicamente de la denominada “corrupción en los negocios” a favor de esta.

Más específico aun, en Chile la empresa sólo responderá cuando el delito sea consecuencia del incumplimiento del deber de dirección y supervisión. Es decir, si la empresa cumplió con este deber y a pesar de ello, el funcionario incurre en un acto de corrupción que directamente la favorece, incluso en ese caso la empresa no debería responder penalmente, porque la norma chilena es sumamente clara en establecer que el ilícito que tiene que cometer la empresa es el de no cumplir con estos deberes de dirección y supervisión, siempre y cuando se traten de delitos que no se hubieran podido prevenir aún cumpliendo estos deberes.

El artículo 4 de la Ley N° 20393 establece cómo es que se cumple este deber, a través de unos elementos mínimos con los que debe contar el modelo de prevención que tendría que implementar la empresa:

- Identificar las actividades o procesos, habituales o esporádicos en cuyo contexto se genere o incremente el riesgo de comisión del delito de cohecho.
- Contar con una serie de medidas para combatir los riesgos identificados, tales como protocolos, reglas y procedimientos.
- Identificar los procedimientos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan evitar que sean utilizados para una conducta ilícita.
- Mecanismos de control que permitan favorecer el cumplimiento de las medidas adoptadas.

- Sanciones para los casos de incumplimiento.
- Herramientas adecuadas para obtener información relevante respecto del seguimiento de las obligaciones, entre las que necesariamente debe contarse con un canal de denuncia.
- Un mecanismo de supervisión de la ejecución de las medidas adoptadas, con el objeto de determinar si deben ser modificadas o actualizadas. (Artaza, 2013, págs. 21-30)

Siempre que el modelo de prevención que adopte la empresa cumpla con estos criterios establecidos en el artículo 4, la empresa no debería enfrentarse a sanciones penales, a pesar, como ya hemos dicho, de que el delito haya sido cometido directamente a su favor.

4.3. El modelo de responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus colaboradores

Como podemos ver, la “responsabilidad” de la persona jurídica por los hechos de los trabajadores y representantes legales es de naturaleza distinta que la responsabilidad penal de estos, aunque se encuentren íntimamente ligados. Fernández y Chanjan sostienen que no son dos sino tres los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas (Fernández Díaz, 2016, pág. 353):

- i. El primero de ellos, el de “transferencia de responsabilidad” o de responsabilidad “vicaria”, ya explicado previamente, en virtud del cual se imputa a la persona jurídica los hechos delictivos cometidos por sus representantes, trabajadores, o administradores.
- ii. El segundo de ellos sería el de “autorresponsabilidad”, o el de “responder por hecho propio”, también ya definido y que consiste en un hecho delictivo societario o un defecto de organización concreto, una cultura corporativa defectuosa o una reacción defectuosa frente al hecho delictivo cometido por sus empleados o representantes.
- iii. El tercero, el que vendría a ser la novedad por parte de estos autores sería el modelo “mixto” de imputación, en virtud del cual la persona jurídica se hace responsable de los hechos cometidos por sus trabajadores o representantes según el modelo de transferencia, sin embargo, se exime o gradúa la

responsabilidad de la persona jurídica atendiendo a su comportamiento, que puede ser anterior o posterior, valorándose la existencia de programas preventivos o reactivos frente a la comisión de delitos por parte de los miembros de la persona jurídica.

Fernández y Chanjan afirman que la legislación española sigue la lógica del primer modelo (Fernández Díaz, 2016, pág. 354), cosa que ha quedado descartada por la jurisprudencia, la cual, como ya nos hemos encargado de referir, ha sentado una serie de precedentes que inclinan la balanza a favor del modelo de la autorresponsabilidad, en la medida que las sanciones a las personas jurídicas no necesariamente están condicionadas a la existencia de delito por parte de los funcionarios o trabajadores, existiendo casos en los que se comprueba el delito, más no la responsabilidad de parte de la persona jurídica y también casos en los que no se llega a demostrar la culpabilidad del funcionario o trabajador, pero sí la falta de un sistema de cumplimiento idóneo, lo que da origen a la sanción a la persona jurídica.

Asimismo, aunque el sistema peruano pareciera inclinarse hacia el modelo “mixto”, ya que en principio se establece que aquellas personas cuyos representantes incurran en delitos serán sujetos de sanciones administrativas, y luego se introducen las reglas para eximir o mitigar las sanciones, en realidad, no encontramos una real diferencia entre el modelo mixto o el modelo de la autorresponsabilidad. En esencia lo que se sanciona es que la persona jurídica no tenga un programa de cumplimiento conforme a lo que exige la legislación. En todo caso, al igual que ha ocurrido en España, al no estar claramente establecido en la norma, tendría que ser la jurisprudencia la que finalmente permita aclarar la duda.

La Fiscalía Nacional española ha sostenido que la responsabilidad penal de las empresas no deriva de la sola comisión de delitos por parte de sus colaboradores o representantes, sino que es consecuencia del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los deberes de dirección y supervisión de esta, los cuales se traducirían en su incapacidad para advertir su utilización para la comisión de delitos. (Artaza, 2013, pág. 547) Esta situación favoreció el debate de cuáles eran las funciones del oficial de Cumplimiento y su nivel de responsabilidad, como da cuenta Lascuraín (Lascuraín, 2014, pág. 13).

Igual, vemos que, contraria a la posición de dicho autor, un sector de la doctrina se inclina por considerar que el incumplimiento de los deberes de garantía de la empresa

sería suficiente para determinar la culpabilidad de la persona jurídica por los defectos en su organización, siendo el Ministerio Público el encargado de probar que el programa de cumplimiento implementado no funcionaría eficazmente. (Espinoza Bonifaz, 2017, pág. 54)

En cuanto a la justificación de la sanción administrativa, queda claro además que, por la naturaleza de esta, se trata de una infracción distinta, la que comete la persona jurídica que la que comete el representante o trabajador. Lo que permite justificar (y no necesariamente consideramos que deba ser así) la imposición de un deber de vigilancia a las personas jurídicas respecto de los actos de sus empleados es el riesgo advertido por Lascuraín (Lascuraín, 2014, pág. 6) de comisión de delitos creado a partir de las actividades de la empresa. Desde este trabajo nos permitimos cuestionar un poco la posición del profesor Lascuraín. ¿Y qué pasa si los riesgos existían independientemente de la actividad de la empresa? Digamos que en un caso de corrupción el funcionario corrompido no debe su nombramiento a las actividades de la empresa y el hecho de que el agente, representante, o funcionario de la empresa, llamémoslo el “corruptor” tenga la disposición de ofrecer una compensación al funcionario por actuar a favor de sus intereses tampoco depende de las actividades de la empresa solamente. Sería como culpar al fabricante del arma por un homicidio. Las actividades de la empresa, sin duda, generan la oportunidad de que corrompido y corruptor se encuentren, pero si ambas voluntades de dar y recibir dinero a cambio de una determinada actuación no existían, las actividades de la empresa no hubieran dado origen al delito.

Digamos que al argumento de Lascuraín le falta un elemento adicional, el explicar por qué la empresa debe asumir el deber de vigilar a sus funcionarios o representantes y no la sociedad en general. Fernández y Chanjan, señalan que no sólo es por el riesgo creado por las actividades de la empresa, sino también porque estas están situadas en mejor posición para evitar delitos en su seno mediante la adopción de las medidas pertinentes para tal fin, las cuales la legislación identifica como la implementación de los programas de cumplimiento (Fernández Díaz, 2016, pág. 374).

De acuerdo con Clemente Casas y Álvarez Feijoo, no existen modelos mixtos. Básicamente se trataría de dos sistemas que se excluyen mutuamente:

- i. por un lado, se trata del llamado “sistema de transferencia” en virtud del cual la atribución de consecuencias administrativas a las empresas por los actos de sus representantes o empleados proviene del hecho de que se transfiera

la responsabilidad penal del individuo hacia la persona jurídica. En este caso sería innecesario discernir si es que la persona jurídica “actuó” de manera diligente o negligente o si es que hubo dolo. Basta con que se compruebe que el representante cumpla con los requisitos para que se le declare culpable, para que la persona jurídica tenga que responder por ello. (Clemente Casas, 2011, pág. 27)

- ii. El modelo opuesto sería aquel que de “defecto de organización”, el cual contempla la propia conducta de la empresa, sus propios hechos. En este caso la responsabilidad de la persona jurídica no deriva necesariamente de la culpabilidad de la persona natural que actúa en su representación o beneficio, sino que, para que la persona jurídica tenga responsabilidad, debe analizarse la estructura de la persona jurídica, su organización, si ese modo de organización era negligente y facilitó la comisión de un delito al interior de la misma, mientras que, si no pudo advertirse el fallo de la forma de organizarse y el delito se cometió a pesar de los controles internos con los que contase la persona jurídica, esta no asumiría responsabilidad por tales delitos. (Clemente Casas, 2011, pág. 28)

Ahora bien, si la constante en las distintas legislaciones es que la empresa que cuenta con un programa de cumplimiento pueda eximirse de responsabilidad derivada de los ilícitos de sus representantes o trabajadores, siempre y cuando dicho programa esté implementado de acuerdo con las características básicas establecidas en las normas (que, como hemos visto, además coinciden con las características que teóricamente debe tener el programa), es decir un programa que sea mínimamente útil para prevenir la comisión de los delitos que se persiguen, entonces por este camino también podemos concluir que lo que se sanciona es la conducta negligente de la empresa y que la comisión de un delito por parte de uno de sus colaboradores, más que generarle a la empresa una responsabilidad vicaria, lo que hace es propiciar la ocasión para que dicha conducta negligente sea detectada.

La discusión sobre cuál es el modelo de responsabilidad que corresponde a la persona jurídica recae sobre la propia naturaleza de las responsabilidades. Mientras que la persona jurídica tiene una responsabilidad administrativa, la persona natural puede ser sujeto de una responsabilidad penal.

La sanción penal y la administrativa se derivan del *ius puniendi* estatal (Letelier, 2017, págs. 627-628), en tanto en ambos casos se asocia un resultado negativo respecto del sujeto como consecuencia del incumplimiento de determinados deberes. Sin embargo, aunque sean manifestaciones de la potestad sancionatoria de los Estados, estas siguen lógicas distintas.

Las sanciones administrativas se alinean con la función de prevenir y disuadir que tiene el Estado. Esta función se contrapone con la función retributiva de la pena, al tener por objeto el no necesariamente generar un castigo en el infractor, tanto como hacer coercible un determinado estándar de comportamiento. En ese sentido, lo que la sanción administrativa busca es la corrección de las conductas, siendo más una técnica dirigida a buscar la efectividad de las políticas públicas.

En ese sentido, mientras que la actividad probatoria en el caso penal busca determinar con certeza a quién debe sancionarse evitando los llamados “falsos positivos”, porque se parte de la premisa de que es mejor dejar sin castigo a un culpable que castigar a un inocente, en el caso de las sanciones administrativas, para proteger determinados bienes puede ser más eficiente asignar determinadas consecuencias independientemente de la naturaleza de las acciones u omisiones a ser sancionadas. (Letelier, 2017, pág. 19)

En el caso del aspecto subjetivo de la infracción, igualmente, mientras que la culpa o dolo juegan un papel preponderante en el derecho penal, en el administrativo, pueden resultar hasta irrelevantes, bastando solamente confirmar una determinada situación para la aplicación de sanciones. Por un lado, la culpabilidad de los funcionarios de la empresa que cometen un delito debe ser probada materialmente, por otro lado, para la asignación de responsabilidad administrativa a dicha misma empresa solamente con acreditar que no se cuenta con un programa de cumplimiento adecuado, sin importar si la voluntad de los miembros de toda la organización estaba alineados a la comisión de dicho delito o no.

De igual manera, la presunción de inocencia, tan importante en el derecho penal, en el caso de la atribución de responsabilidad a la persona jurídica se invierte, debiendo esta demostrar que, pese a que se cometió el delito, la organización sí actuó diligentemente implementando el programa de cumplimiento.

Es por este motivo que la posición del presente trabajo es la de considerar que la responsabilidad de la persona jurídica como consecuencia de los delitos cometidos por sus colaboradores no es una responsabilidad vicaria transferida a esta por mandato legal, sino una responsabilidad que se origina en sus propios actos, en este caso en la negligencia de no contar con un programa de cumplimiento adecuado. En consecuencia, a través de las normas de atribución de responsabilidad a la persona jurídica el Estado está indirectamente creando una obligación para estas de contar con un programa de cumplimiento, cuya ausencia o falta de adecuación a las características previstas legalmente se sanciona administrativamente.

4.4. Comparación entre los dos perfiles del oficial de cumplimiento en la legislación peruana

Como hemos mencionado, en las dos legislaciones que regulan la implementación de programas de cumplimiento en el Perú se han recogido los dos perfiles que puede tener el funcionario encargado del programa de cumplimiento: el del ejecutivo encargado de detectar y reportar la posible comisión de delitos en el marco de las operaciones económicas de la empresa (Ley N° 27693) y el del asesor encargado de advertir y prevenir a las organizaciones de la posibilidad de la comisión de determinados delitos (Ley N° 30424). Considero que una de las principales diferencias entre ambas normas está referida al deber de garante que asume el funcionario encargado del programa de cumplimiento.

Hemos dicho que desde el punto de vista de las empresas, los programas de cumplimiento consisten en un esfuerzo destinado a buscar que las actividades de estas no incumplan la legislación aplicable adoptadas, teniendo como objeto el se sistematizar los procedimientos o normas internas tendientes a que los integrantes de la empresa no vulneren dicha legislación (Artaza, 2013, pág. 548). Si a esa función no se le suma la responsabilidad legal por la efectividad de dichos programas, el programa de cumplimiento no se diferenciaría de otros sistemas de calidad que puedan ser implementados en la empresa, buscando prevenirla de multas y otras sanciones administrativas, las cuales forman parte de las pérdidas de las empresas, junto con los costos de defensa legal en los que se pudiera incurrir, así como en el daño reputacional que puedan sufrir las organizaciones como consecuencia de la imposición de sanciones.

Esta visión es la que podemos encontrar en algunos autores norteamericanos que se centran en los impactos económicos de los programas de cumplimiento, como Whalley y Guzelian, quienes citan los casos de Petrobras o Volkswagen para evidenciar los costos por sanciones administrativas, indemnizaciones y otros costos económicos (Whalley, 2017, pág. 4), o Kurer, quien llega a cuantificar las pérdidas sufridas por el BNP Paribas derivadas de una multa de más de ocho mil millones de dólares impuesta por el gobierno Norteamericano contra dicho banco francés por incumplir el régimen de sanciones contra Irán, Sudán y Cuba en más de cincuenta mil millones de dólares. (Kurer, 2015, pág. 3)

Sin embargo, incluso en los Estados Unidos, las legislaciones nacionales imponen cada vez más obligaciones respecto de la implementación de prácticas que prevean la comisión de determinados delitos, sobre todo los referidos a actos de corrupción, tales como la implementación obligatoria de programas de cumplimiento o auditorías en materia de corrupción, así como también sanciones en caso de ausencia o falla de los programas de cumplimiento. (Ferrante, 2010, pág. 20)

En la medida que existen normas que establecen responsabilidades para las empresas derivadas de la comisión de delitos por parte de los colaboradores de estas, las cuales, como se ha mencionado en este trabajo, no pueden constituir responsabilidad por hechos ajenos, sino ser consecuencia de la omisión de implementar conforme a ley los programas de cumplimiento, estos ya no son solamente un sistema de calidad más, sino que su implementación se convierte en una obligación ante el Estado.

Lo que se argumenta como justificación para que los Estados impongan estas obligaciones a las empresas relacionadas con la actividad de prevenir la comisión de delitos sería que estos, es que habría surgido una especie de “pacto” entre Estado y las empresas, las cuales a cambio de mantener la responsabilidad limitada y contar con una (supuestamente) mayor libertad económica, asumen la función naturalmente estatal de prevenir la comisión de delitos por parte de sus propios colaboradores y también las consecuencias legales por no hacerlo de una determinada manera prevista en la legislación (Espinoza, 2017, pág. 196).

Considero que tal pacto no existe. Primero porque estamos hablando de normas que son impuestas por el Estado a las empresas sin posibilidad de negociación alguna y, en segundo lugar, porque una de las razones por las que existen programas de

cumplimiento en el mundo es precisamente el hecho de que la normatividad que aplica a las empresas es cada vez mayor y más compleja y ello es abiertamente contrario a la afirmación de que exista mayor libertad económica. Por el contrario, el hecho de que las actividades empresariales se encuentren cada vez más reguladas implica que las organizaciones cuentan con menos libertad.

En ese sentido, el Estado no ha transferido a las empresas su deber de garantizar el cumplimiento legal, como producto de un pacto o acuerdo con estas, sino que sencillamente ha creado la obligación de implementar programas de cumplimiento, imponiéndoles como sanción por no hacerlo el tener que asumir determinadas consecuencias legales cuando se detecta que uno de sus miembros ha cometido los delitos que supuestamente las empresas deberían prevenir. Por lo tanto, las empresas serían responsables por una infracción distinta de la que comete el colaborador que delinque. En ese caso, la responsabilidad no deriva de una acción del colaborador, sino de una omisión por parte de la empresa. (Lascuraín, 2014, pág. 3)

Ahora bien, más complicado aún es poder justificar el deber de garantía ya no de la empresa cuyas actividades supuestamente generan un riesgo de comisión de delitos, sino de los oficiales de cumplimiento designados por estas, los cuales se convierten en una especie de garante del garante establecido por la ley, que son las empresas, al asumir tal deber en virtud de una delegación que libremente éste acepta.

El deber de garante sólo se entendería transmitido al oficial de cumplimiento si, como lo hace el Estado con la empresa, el oficial de cumplimiento asume las consecuencias en caso que falle en sus funciones. Así, si la empresa falla en su obligación de prevenir la comisión de los delitos por parte de sus colaboradores, asumirá las sanciones administrativas contempladas en la ley. Si el oficial de cumplimiento falla, para ser realmente garante tendría que sufrir él también en carne propia las consecuencias en caso de no cumplir con sus deberes, compartiendo la titularidad del deber con la empresa para la que trabaja, siempre y cuando se le dote al oficial de cumplimiento de los medios adecuados para cumplir con sus funciones, lo que significa poder contar con la capacidad de influenciar materialmente a los colaboradores de la empresa para que estos se inhiban de cometer los delitos que buscan ser prevenidos. (Lascuraín, 2014, págs. 5-7). Considero que sólo el Oficial de Cumplimiento contemplado en la legislación derivada de la Ley N° 27963 asume una responsabilidad legal por la falla de sus funciones.

Sin embargo, las diferencias no se limitan sólo a ello. A continuación, indicaré algunas de las que identifico como importantes diferencias conceptuales entre los programas de cumplimiento establecidos en las dos normas.

4.4.1. ¿Obligatorio o Voluntario?

Parecería que la Ley N° 27963 y sus normas complementarias establecen una figura de oficial de cumplimiento obligatoria, mientras que el artículo 1 de la Ley N° 30424 indica que la implementación de un programa de cumplimiento (la norma lo denomina “modelo de prevención”) es voluntaria, pero como he mencionado, ello no necesariamente es así. Si bien lo primero es evidente del mismo texto de la norma, el supuesto “incentivo” que brinda la Ley N° 30424 de exonerar de responsabilidad a las personas jurídicas que cuenten con un programa de cumplimiento resulta, en nuestra opinión, convirtiendo en engañosa la voluntariedad de contar con dicho programa.

La Ley N° 30424 se denomina “Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas”. Esa es su principal finalidad. Como tal, lo que hace es trasladar a las personas jurídicas la función estatal de prevenir la comisión de determinados delitos. En caso ellas no lo hicieran de la manera en que el legislador considera que debe hacerse, reciben como sanción la atribución de responsabilidad administrativa por los delitos cometidos por sus colaboradores. De manera que el contar con un programa de cumplimiento que se ajuste a las características establecidas en la norma no termina siendo opcional. De hecho, si se cometen los delitos que el programa de cumplimiento debería prevenir, no podemos decir que este haya cumplido a cabalidad con sus fines. Sin embargo, si ese programa de cumplimiento evidentemente imperfecto cumple con las características establecidas en la norma, a la persona jurídica se le exonera de responsabilidad. De esta manera, lo que en realidad se sanciona es el no contar con un programa de cumplimiento y la comisión de delitos por parte de los colaboradores de la empresa en realidad es sólo la oportunidad en que ello es detectado por las autoridades. En ese sentido, entendemos que ambas figuras terminan siendo de carácter obligatorio.

4.4.2. ¿Quién está obligado?

En el caso de la legislación derivada de la Ley N° 27963 están obligadas a contar con el oficial de cumplimiento todas las personas naturales y jurídicas que desarrollen las actividades económicas contempladas en el artículo 3 de la Ley. El listado de actividades contempladas puede encontrarse como Anexo 1 al presente trabajo.

En el caso de la legislación derivada de la Ley N° 30424, esta abarca a toda persona jurídica, entendida, según el artículo 2 de dicha Ley, es decir toda entidad de derecho privado, las asociaciones, fundaciones, comités no inscritos, sociedades irregulares, los administradores de patrimonios autónomos y empresas del Estado o sociedades mixtas, no afectando la atribución de responsabilidad el cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad. En ese sentido, el alcance de la Ley N° 30424, resulta no siendo el mismo que el de la Ley N° 27963.

Ahora, bien, si la persona jurídica se encuentra comprendida dentro del listado de actividades contemplado por la Ley N° 27963, entonces podría entenderse que además de la obligación proveniente de ley, está obligada a observar los parámetros establecidos por dicha ley para la implementación de un sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo. (Benavente, 2018, pág. 15)

No podemos decir que el ámbito de aplicación de una norma contenga al de la otra, son sencillamente conjuntos diferentes con una intersección: La Ley N° 27963 abarca a todos los sujetos, personas naturales o jurídicas que desarrollen las actividades contempladas en el listado contenido en el artículo 8°. La Ley N° 30424 abarca a todas las personas jurídicas. El área de intersección serían las personas jurídicas que desarrollen las actividades contempladas en el artículo 8° de la Ley 27963. Cabe preguntarse si para los sujetos que se encuentran en la zona de intersección, el mismo programa de cumplimiento puede ser usado para ambas legislaciones.

4.4.3. Delitos a ser prevenidos

Donde sí existe una diferencia marcada es en el tipo de delitos a ser detectados por cada una de las dos legislaciones. Mientras que el programa de cumplimiento contemplado en la Ley N° 30424 debe estar dirigido a prevenir los delitos de Cohecho (es decir corrupción de funcionarios) específicamente en las modalidades de de Cohecho Activo Genérico, Cohecho Activo Transnacional y Cohecho Activo Específico, lavado de activos, financiamiento del terrorismo, colusión y tráfico de influencias, en el caso de la Legislación derivada de la Ley N° 27963, sólo estará dirigido a detectar los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

Ello reforzaría la posición que los sujetos obligados a contar con un programa de cumplimiento en virtud de la Ley N° 27963 y que se encuentran en la zona de intersección con la Ley N° 30424 podrían utilizar el mismo programa de cumplimiento y los mismos funcionarios para cumplir con ambas legislaciones, toda vez que los delitos comprendidos en la Ley N° 27963 se encuentran comprendidos, junto con otros, también en la Ley N° 30424.

4.4.4. Funciones

De acuerdo con el numeral 10.2.1 del artículo 10 de la Ley N° 27963, el Oficial de Cumplimiento es el funcionario designado por los sujetos obligados responsable de vigilar el cumplimiento de tal sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. El rango y características específicas de este personaje varían según el tamaño y complejidad de la organización del sujeto obligado. De acuerdo con dicho artículo, debe informar periódicamente al Presidente del Directorio del sujeto obligado (de ser el caso) sobre su gestión y puede coordinar con el gerente general aspectos logísticos ordinarios, más no el manejo de información sospechosa.

Asimismo, el Oficial de Cumplimiento tiene el deber de emitir un informe semestral sobre el funcionamiento y nivel de cumplimiento del sistema, el cual debe ser puesto en conocimiento del Directorio del sujeto obligado y alcanzado a la UIF y al organismo supervisor del sujeto obligado, si lo tuviere.

Las personas declaradas en quiebra, condenadas por comisión de delitos dolosos, o los incurso en alguno de los impedimentos precisados en el artículo 365 de la Ley N° 26702, no pueden desempeñarse como Oficial de Cumplimiento para efectos de la Ley 27963.

Como parte de sus funciones, el Oficial de Cumplimiento es el responsable de reportar a la UIF las operaciones sospechosas, por ello, de acuerdo con el artículo 10-A de la Ley N° 27963, cuentan con la garantía de confidencialidad, por lo que la identidad del Oficial de Cumplimiento no puede ser divulgada. Incluso su nombre se encuentra protegido por un código. En caso omitiera reportar las operaciones sospechosas, en virtud del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106, el Oficial de Cumplimiento incurriría en responsabilidad penal.

Este perfil difiere del perfil del encargado del programa de cumplimiento previsto por la Ley N° 30424. Por ejemplo, el artículo 4 del Reglamento de la Ley 30424 establece que las personas jurídicas, en virtud del principio de publicidad y comunicación preventiva pueden “informar sobre sus programas, políticas y prácticas para prevenir la comisión de delitos a sus trabajadores, y cuando corresponda a los socios comerciales y partes interesadas.”

Si bien es cierto que el encargado del programa de cumplimiento debe desempeñarse observando otros principios establecidos en el Reglamento de la Ley N° 30424, aprobado por Decreto Supremo N° 002-2019-JUS, que sí son coherentes con las funciones que le asigna la Ley N° 27963, como el de evaluación continua del riesgo (que implica el monitoreo continuo de las actividades riesgosas de la empresa) o el de Independencia (que implica que la función del programa de cumplimiento está revestida de la máxima independencia, de tal modo que la actuación del encargado de prevención no puedan estar condicionada de manera que se impida o dificulte el desarrollo de sus funciones), el principio de publicidad es abiertamente contrario al modelo de cumplimiento previsto por la Ley N° 27963, la cual por ejemplo establece en el artículo 3-A.5 (incorporado por el artículo 2 del Decreto Legislativo 1249) que la información obtenida por la UIF-Perú solo puede ser utilizada en la investigación de los hechos que la motivaron y compartida con las autoridades competentes, encontrándose sujetos al deber de reserva de información el titular y el personal de la UIF-Perú que hubiere tomado conocimiento de esta información, bajo responsabilidad.

En ese sentido, encontramos en este aspecto una diferencia fundamental entre las características del oficial de cumplimiento previsto por la Ley N° 27963, de quien incluso se guarda reserva sobre su identidad, y el encargado del programa de prevención contemplado en la Ley N° 30424, cuya actuación es eminentemente pública. De hecho, podemos encontrar publicados los nombres de los encargados del programa de cumplimiento de varias empresas en las memorias anuales que estas presentan a la Superintendencia del Mercado de Valores. Entre las empresas que publican en su Memoria Anual 2018 el nombre del ejecutivo encargado de su área de cumplimiento se encuentran empresas tan notorias como Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. (Compañía de Minas Buenaventura S.A.A., 2018, pág. 119), o el Banco de Crédito del Perú (Banco de Crédito del Perú, 2018, pág. 17).

4.5. Conclusiones

- i. Algunas décadas más antigua (no muchas más) que los sistemas de *Compliance*, es la responsabilidad social empresarial. También desde el punto de vista administrativo, estratégico e incluso comercial, hay quienes destacan los múltiples beneficios que tiene para las organizaciones implementar la responsabilidad social, aunque la forma varíe. Hay quienes hablan de que debe ser transversal a la organización y hay quienes ya anuncian la muerte de la responsabilidad social empresarial y su reemplazo por otros conceptos nuevos (valor compartido, sostenibilidad, etc.)

El Estado no obliga a las personas jurídicas a adoptar una forma de implementar la responsabilidad social, sanciona algunas situaciones que son consecuencia de no contar con ella, pero es la propia organización la que decide si implementa la responsabilidad social y de qué manera. Si es que lo hace a través de un área específica, si es que debe ser un componente dentro del desempeño de cada área, si es que debe existir una política, o si es que la empresa decide que reorientará toda su estrategia empresarial hacia la generación de impactos positivos en la sociedad o ninguna de las anteriores.

De la misma manera, la implementación de programas de cumplimiento puede tener mucho sentido (y, de hecho, ello explica su expansión en el mundo empresarial) pero puede ser que una organización descubra que tiene otras fórmulas para prevenirse de incumplimientos legales. Y más aún, determinar que sus riesgos de incumplimientos legales son más importantes en aspectos que no están contemplados en las normas peruanas actuales.

Puede ser que para algunas empresas el riesgo de que se cometa cohecho es menor que el riesgo de que se produzca un accidente de trabajo con consecuencias lamentables, o que para una empresa que fabrica golosinas el mayor riesgo está asociado al trabajo infantil y no al lavado de activos o financiamiento del terrorismo.

Con ello no quiero decir que el Estado debe renunciar a perseguir el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y mucho menos el cohecho en todas sus modalidades, sino que, que así como la Salud y Seguridad en el Trabajo o el Medio Ambiente cuenta con legislación penal y administrativa que sanciona la baja performance de las organizaciones, pero no existe ninguna norma legal que obligue a las empresas a crear programas de cumplimiento respecto de ellos, o que las premie por tenerlos, sin que ello implique que las empresas no puedan desarrollar su propio programa de cumplimiento sobre estos, de la misma manera, las empresas podrían desarrollar voluntariamente programas de cumplimiento para lavado de activos, financiamiento del terrorismo o cohecho.

- ii. Sin perjuicio de que la legislación peruana se limite a los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho, nada limita a las empresas a contar con un programa de cumplimiento que cubra tantos aspectos como estas deseen y prevenir los riesgos de incumplimiento legal en otras materias que no sean las reguladas por la legislación nacional. De hecho, existen empresas que cuentan con áreas de ética que cumplen funciones similares a las de un área de cumplimiento en un espectro mucho más amplio, que incluye, pero no se limita a temas como lucha contra la discriminación racial, prevención del acoso sexual y laboral, etc.
- iii. Reconocemos que las normas que supuestamente premian la implantación del sistema de cumplimiento siguen una tendencia que va extendiéndose en distintos países, una tendencia además que cuenta en el sistema anglosajón con muchos años de existencia y que parecería ser una buena fórmula desde el punto de vista de las ciencias administrativas. Sin embargo, de acuerdo con los modelos de atribución de responsabilidad, en realidad lo que las normas que exoneran de responsabilidad a las personas jurídicas por contar con un programa de cumplimiento hacen es sancionar un hecho propio, que es el no contar con un programa de cumplimiento idóneo, entendido este como aquel que se ajusta a las características previstas en la norma.

- iv. La legislación peruana sigue la tendencia de otros países respecto de la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas por ilícitos cometidos por sus integrantes, aunque resulta bastante limitada, dado que sólo se estarían contemplando a los delitos de cohecho.
- v. Si bien las dos legislaciones que regulan la implementación de programas de cumplimiento en el Perú coexisten y tienen algunos puntos de intersección referidos a los delitos que son objeto de los programas de cumplimiento, estos presentan tanto en sus funciones como en las características de ambos tipos de programas algunas diferencias importantes, que impedirían entenderlos como un mismo programa de cumplimiento.

En ese sentido, mientras que el oficial de cumplimiento definido con ese nombre en la legislación proveniente de la Ley N° 27963 es un funcionario con perfil ejecutivo con la función de velar por la implementación del programa de cumplimiento denominado “sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo” (SPLAFT), y de informar de las actividades sospechosas a la UIF-Perú, bajo responsabilidad por incumplir con esta función y por consiguiente, con el riesgo de ser sujeto de sanciones penales en caso de no hacerlo, el encargado del programa de cumplimiento previsto en la legislación proveniente de Ley N° 30424 es un funcionario con perfil de asesor de la organización que se encarga del funcionamiento del programa, pero que no asume ningún riesgo personal en caso que este falle.

El perfil de ambos, en ese sentido termina siendo distinto, ya que mientras que el programa de cumplimiento previsto en la legislación que deriva de la Ley N° 30424 se rige, entre otros, por el principio de publicidad y comunicación, el Oficial de Cumplimiento y en general todo el sistema previsto por la legislación proveniente de la Ley 27963 se rige por la estricta reserva, incluso respecto de la identidad del funcionario encargado del funcionamiento del sistema de prevención al interior de la empresa.

REFERENCIAS

- Artaza, O. (Diciembre de 2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión de riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, 8(16), 544-573.
- ASBANC, A. d. (7 de febrero de 2019). ¿Cuál es la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento? Lima. Obtenido de <https://www.youtube.com/watch?v=mcBx0DavLaY>
- Banco de Crédito del Perú. (2018). *Memoria Anual*. Obtenido de <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/DIA%20BCP%20Consolidado%202018.pdf>
- Bedecarratz, F. (Julio de 2018). La indeterminación del criminal compliance y el principio de legalidad. *Política Criminal. Revista electrónica semestral de políticas públicas en materias penales*, 13(25), 208-232.
- Benavente, S. M. (setiembre de 2018). Análisis legal y propuesta de mejora del Sistema de Prevención regulado por la Ley 30424. *Tesis presentada para la obtención del grado de Maestro en Finanzas y Derecho Corporativo. Programa de la Maestría en Finanzas y Derecho Corporativo Esan*. Lima.
- Clavijo Jave, C. (2014). Criminal Compliance en el derecho peruano. *Derecho PUCP N° 73*, págs. 626 - 646.
- Clemente Casas, I. y. (2011). ¿Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica en la LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica). *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*(28-2011), 26-47.
- Compañía de Minas Buenaventura S.A.A. (2018). *Memoria Anual*. Obtenido de [http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%202018_Bvn%20\(SMV\).pdf](http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/Memoria%20Anual%202018_Bvn%20(SMV).pdf)
- D'Appolonia ECMG. (2008). *Newmont Mining Corporation Independent External Environmental Compliance Monitoring Report. Fourth Visit. October 2008 Ahafo South Project*. Genova, Italia. Recuperado el 26 de julio de 2019, de <https://www.newmontgoldcorp.com/document/independent-external-environmental-compliance-monitoring-report-december-2008-ahafo-south-project-937-kb/>
- De la Haza Barrantes, A. B. (junio-noviembre de 2018). Ni dejar hacer, ni dejar pasar: el compromiso de las instituciones bancarias peruanas frente al lavado de activos a través de la implementación de una metodología por riesgo. *Derecho PUCP*(80), 281-331.
- Espinoza Bonifaz, R. (Julio de 2017). El Programa de Cumplimiento como objeto de prueba en el Proceso Penal contra la Persona Jurídica. *Revista Vox Juris* 34 (2). Lima.
- Espinoza, R. (2017). El Compliance como herramienta de prevención frente a la criminalidad empresarial: Una mirada desde la criminología moderna. *Vox Juris*(34) 2., 191-203.
- Fernández Díaz, C. R. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*(77), 349-379.

- Fernández, C. y. (2016). La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un estudio comparado entre España y el Perú. *Derecho PUCP*(77), 349-379.
- Ferrante, P. C. (2010). *Introducción a la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero de los Estados Unidos. US Foreign Corrupt Practices Act - "FCPA"*. Mayer Brown.
- Fourey Gonzales, M. (Febrero de 2017). Novedades de la proyectada norma UNE 19601 para el sistema español de compliance penal. *Actualidad Jurídica*(46), 83-95.
- Fourey González, M. (Junio de 2016). Compliance penal: Fundamento, eficacia y supervisión. Análisis crítico de la circular 1/2016 de la Fiscalía General del Estado. *Actualidad Jurídica (Uría & Menéndez)*(43), 60-75.
- Godoy Uson, M. P.-T. (2018). Análisis del primer intento de imponer autorregulación sobre gobierno corporativo en Chile: Resultados de un oxímoron. *Revista Chilena de Derecho*, vol. 45 N° 1, 179-210.
- GRUPO IBEROAMERICANO DE LA PRÁCTICA DE COMPLIANCE. (2015). *Práctica de Compliance. Estado actual de la legislación anticorrupción y otras.* . Bogotá: AutoresvEditores.
- Gutierrez, E. (Julio de 2018). Corrupción pública: concepto y mediciones. Hacia el public compliance como herramienta de prevención de riesgos penales. *Política Criminal: Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Materias Penales*, 13(25), 104-143.
- Guzmán, J. A. (20 de Octubre de 2015). *Académico de Harvard desmenuza la cultura empresarial chilena que frena el crecimiento*. Obtenido de CIPER: <https://ciperchile.cl/2015/10/20/academico-de-harvard-desmenuza-la-cultura-empresarial-chilena-que-frena-el-crecimiento/>
- Hausmann, R. (20 de Octubre de 2015). Director del Centro para el Desarrollo Internacional Universidad de Harvard. (J. A. Guzman, Entrevistador) Recuperado el 20 de noviembre de 2018, de <https://ciperchile.cl/2015/10/20/academico-de-harvard-desmenuza-la-cultura-empresarial-chilena-que-frena-el-crecimiento/>
- Hierro, L. (2014). El modesto principio de que la ignorancia del derecho no excusa de su cumplimiento. *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, I, 17-30.
- Integra, A. (2018). *Memoria Anual*. Obtenido de <http://www.smv.gob.pe/ConsultasP8/temp/MEMORIA%20AFP%20INTEGRA%202018.pdf>
- Kanbur, R. y. (2018). El control del cumplimiento importa: la regulación laboral efectiva. *Revista internacional del trabajo*, 137(3), 369-390.
- KPMG. (s.f.). *KPMG International Cooperative*. Recuperado el 4 de abril de 2019, de <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/es/pdf/2018/07/estandares-internacionales-compliance.pdf>
- Kurer, P. (2015). *Legal and Compliance Risk. A Strategic Response to a Rising Threat for Global Business*. Nueva York: Oxford University Press.
- Lascuraín, J. A. (2014). Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad del Oficial de Cumplimiento). *Responsabilidad de la empresa y Compliance*. Buenos Aires.

- Leandro Vieira Da Costa, P. (2018). ¿Qué han dicho nuestros tribunales sobre la responsabilidad penal de la empresa? *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*(48), 82-90.
- Letelier, R. (Diciembre de 2017). Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, 12(24), 622-689.
- Ley N° 25.246. (2000). Recuperado el 16 de octubre de 2018, de Infoleg. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación Argentina:
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/62977/texact.htm>
- MINISTERIO DE HACIENDA DE CHILE. (2009). *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile*. Recuperado el 15 de Octubre de 2018, de
<http://www.leychile.cl/Navegar/?idNorma=219119&idVersion=200>
- Navas, I. (Diciembre de 2012). Resención: Bacigalupo, Enrique. Compliance y Derecho Penal. Navarra, Aranzadi, 2011. *Política Criminal*, 7(14), 480-488.
- Neira, A. M. (diciembre de 2016). La efectividad de los criminal compliance programs como objeto de prueba en el proceso penal. *Poítica Criminal*, 11(22), 467-520.
- Oré Sosa, E. (2018). Prevención de riesgos laborales y derecho penal. *Derecho PUCP*(81), 197-225.
- Paredes, W. J. (6 de Agosto de 2018). *Derecho Penal Económico y DDHH*. Recuperado el 4 de agosto de 2019, de Blog Pucp:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2018/08/06/comentarios-a-la-ley-que-modifica-la-denominacion-y-los-articulos-1-9-y-10-de-la-ley-30424-con-el-proposito-de-ampliar-la-responsabilidad-autonoma-de-la-persona-juridic/>
- Peter Schmidt, H. R. (2013). Encouraging Greater Compliance: Local Networks and the United Nations Global Compact (UNGC). En S. R. Thomas Risse (Ed.), *The persistent power of human rights: from commitment to compliance*. Cambridge University Press.
- Ramírez, W. J. (6 de agosto de 2018). *Comentarios a la Ley que modifica la denominación y los artículos 1, 9 y 10 de la Ley 30424(...)*, con el propósito de ampliar la responsabilidad autónoma de la persona jurídica -LEY N° 30835. Recuperado el 15 de abril de 2019, de Derecho Penal y Económico:
<http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2018/08/06/comentarios-a-la-ley-que-modifica-la-denominacion-y-los-articulos-1-9-y-10-de-la-ley-30424-con-el-proposito-de-ampliar-la-responsabilidad-autonoma-de-la-persona-juridic/>
- Reyes Duarte, R. (2017). *LWYR*. Recuperado el 26 de Octubre de 2018, de
<http://www.lwyr.cl/opinion/oficial-de-cumplimiento-abogado/>
- Reyes Duarte, R. (s.f.). *LWYR*. Recuperado el 27 de julio de 2019, de
<http://www.lwyr.cl/opinion/oficial-de-cumplimiento-abogado>
- Sales Pallarés, L. y. (2018). El ángulo muerto del Derecho Internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro. *Persona y Derecho*, 78(2018-1), 261-291.
- SBS, S. d. (s.f.). Recuperado el 11 de agosto de 2019, de <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/resena-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera-del-peru>
- Valdéz Ríos, D. (s.f.). El derecho de la lengua. *Pensamiento Constitucional*, XII(12), 255-281.

Whalley, M. &. (2017). *The Legal Risk Management Handbook. An international guide to protect your business from legal loss*. Nueva York: Kogan Page Limited.

Young, S. &. (junio de 2014). Governance and corporate social responsibility: Role of context in international settings. *Journal of Business Ethics* , 122(1). Obtenido de <https://www-jstor-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/stable/pdf/42921413.pdf?refreqid=excelsior%3A9003399ccfd34a579368bf56fb959c13>



ANEXO 1

Listado de sujetos obligados a implementar un sistema de prevención contra el lavado de activos y financiamiento del terrorismo en virtud a la Ley N° 27963

Están obligadas a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27963, las siguientes personas naturales o jurídicas:

1. Las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros y demás comprendidas en los artículos 16 y 17 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702
2. Las empresas emisoras de tarjetas de crédito y/o débito
3. Las cooperativas de ahorro y crédito
4. Los fiduciarios o administradores de bienes, empresas y consorcios
5. Las sociedades agentes de bolsa, sociedades agentes de productos y sociedades intermediarias de valores
6. Las sociedades administradoras de fondos mutuos, fondos de inversión, fondos colectivos, y fondos de seguros de pensiones
7. La Bolsa de Valores, otros mecanismos centralizados de negociación e instituciones de compensación y liquidación de valores
8. La Bolsa de Productos
9. Las empresas o personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos, embarcaciones y aeronaves
10. Las empresas o personas naturales dedicadas a la actividad de la construcción e inmobiliarias
11. Los casinos, sociedades de lotería y casas de juegos, incluyendo bingos, tragamonedas, hipódromos y sus agencias, y otras similares
12. Los almacenes generales de depósito
13. Las agencias de aduana
14. Las empresas que permitan que mediante sus programas y sistemas de informática se realicen operaciones sospechosas

Obligados a informar a la UIF-Perú, con respecto a operaciones sospechosas y/o operaciones de acuerdo al monto que fije el reglamento, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a las actividades de:

1. La compra y venta de divisas
2. El servicio de correo y courier
3. El comercio de antigüedades
4. El comercio de joyas, metales y piedras preciosas, monedas, objetos de arte y sellos postales
5. Los préstamos y empeño
6. Las agencias de viajes y turismo, hoteles y restaurantes
7. Los Notarios Públicos
8. Los Martilleros Públicos
9. Las personas jurídicas o naturales que reciban donaciones o aportes de terceros
10. Los despachadores de operaciones de importación y exportación

11. Los servicios de cajas de seguridad y consignaciones, que serán abiertas con autorización de su titular o por mandato judicial
12. La Comisión de Lucha contra los Delitos Aduaneros
13. Laboratorios y empresas que producen y/o comercialicen insumos químicos que se utilicen para la fabricación de drogas y/o explosivos
14. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la compraventa o importaciones de armas
15. Personas naturales y/o jurídicas dedicadas a la fabricación y/o comercialización de materiales explosivos
16. Gestores de intereses en la administración pública, según Ley N° 28024.
17. Empresas mineras
18. Organizaciones e instituciones públicas receptoras de fondos que no provengan del erario nacional

Instituciones públicas obligadas a proporcionar información cuando sea necesario para el cumplimiento de las funciones de la UIF-Perú:

1. La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria
2. La Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores
3. Los Registros Públicos
4. Las Centrales de Riesgo Público o Privado
5. El Registro Nacional de Identificación y Estado Civil
6. Las distintas cámaras de comercio del país
7. La Comisión de Formalización de la Propiedad Informal - COFOPRI
8. La Dirección General de Migraciones y Naturalización
9. La Contraloría General de la República
10. El Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural - PETT
11. El Seguro Social de Salud
12. El Ministerio de Comercio Exterior y Turismo
13. Empresa Nacional de Puertos - ENAPU
14. Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas - DEVIDA
15. Empresa Nacional de la Coca - ENACO