

## ¿COMPLIANCE?

Walter Palomino Ramírez\*

En todos los países de nuestro entorno, la *modernización* ha traído consigo un fenómeno de “expansión” de la intervención penal; determinado, en principio, por la necesidad de atender a las nuevas formas de criminalidad propias de la *sociedad del riesgo*, que obedece a la existencia de nuevas realidades y conflictos sociales<sup>1</sup>.

Ello, como podrá intuirse, tiene un particular alcance en el ámbito de la empresa, debido, fundamentalmente, a su compleja organización y al rol que representan en la sociedad moderna, lo que da cuenta de su condición de **centros de generación de riesgos**<sup>2</sup>.

En su mayoría dichos riesgos son inevitables, pero, a su vez, necesarios para la subsistencia de la sociedad y el avance de la tecnología; no obstante, algunos de estos podrían derivar en la comisión de hechos delictivos, ya que, tras la compleja estructura empresarial, se aseguraría la impunidad de distintos fines ilícitos.

En efecto, desde una perspectiva criminológica, la empresa presenta particularidades que operan como factores clave para la realización de hechos delictivos, tales como: la división horizontal y vertical del trabajo, la descentralización de la toma de decisiones y el que los delitos puedan entenderse como “ilícitos sin víctimas”.

Todo aquello, ha llevado a que la doctrina alemana comprenda que la actividad delictiva desarrollada en el marco de una empresa se debe a una *actitud criminal de grupo*. Veamos entonces las principales características que hacen de una empresa un *centro de generación de riesgos*<sup>3</sup>:

---

\* Miembro del Estudio Oré Guardia. Con estudios de maestría en Derecho penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Instituto de Ciencia Procesal Penal (Incipp).

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ MONTAÑEZ, *Libertad de expresión, discurso extremo y delito. Una aproximación desde la Constitución a las fronteras del derecho penal*, p. 24.

<sup>2</sup> La probabilidad de que puedan generarse riesgos para intereses valiosos puede manifestarse tanto en las relaciones internas (por ejemplo, en las relaciones entre accionistas y gerentes, en donde puede realizarse algún tipo de fraude en el manejo del patrimonio), como en las relaciones externas (esto es, entre la corporación y la sociedad, en tanto puede ocurrir la puesta en peligro del medio ambiente o del sistema financiero, entre otros).

<sup>3</sup> Para mayor detalle puede consultarse: BERMEJO, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el Análisis Económico del Derecho*, pp. 396 - 399.

<p><b>a. La difusa responsabilidad</b></p>	<p><b>“Irresponsabilidad organizada”:</b> La división vertical y horizontal del trabajo puede dar lugar a lo que se ha denominado “irresponsabilidad organizada”. Esto, pues, como consecuencia de la división del trabajo, muchas veces no es posible encontrar a una persona física responsable o, en caso de hallarla, esta puede carecer del grado de responsabilidad necesario (competencia) para reprochársele penalmente la comisión de un ilícito.</p> <p><b>Deslizamiento de la responsabilidad:</b> Los diferentes actores que operan en la empresa pueden pretender —con una alta probabilidad de éxito dada la complejidad del ente— desplazar el riesgo de una sanción hacia otros: los socios pueden intentar deslizar la responsabilidad a los administradores y estos, a su vez, a los escalones jerárquicos más bajos, generándose una reducción de los efectos disuasorios tanto de las sanciones jurídicas, como de las sanciones informales (riesgo reputacional).</p>
<p><b>b. Cultura empresarial</b></p>	<p><b>Fomento del aprendizaje de conductas delictivas:</b> Se da cuando la dirección de la empresa atiende solo a los resultados económicos, provocando que los ejecutivos y directivos consigan sus fines, minimizando el hecho de que tales medios infrinjan las leyes.</p>

<p><b>c. Problemas de circulación de los flujos de información</b></p>	<p>La división del trabajo impide que la información fluya, de forma tal que no resulta posible que coincidan en una misma persona los requisitos de conocimiento y poder de decisión que permiten imputar la responsabilidad por el hecho. Aquello, como podrá imaginarse, afecta la eficacia de todo el sistema de responsabilidad individual al ser imposible la apreciación del dolo (falta de conocimiento).</p>
--	---

Lo anotado ha conducido a que la prevención del delito en la empresa sea un tema de sumo interés, no solo para la dogmática penal (a partir de la creación de estructuras de imputación individual hasta la elaboración de teorías sobre la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas), sino también para la política criminal; toda vez que, el Estado no puede *inhibirse* ante ataques a bienes jurídicos esenciales que se realicen a través de tales centros de generación de riesgos.

En ese sentido, dada su compleja estructura, se plantea la cuestión de cómo se ha de controlar a las empresas en aras a asegurar una gestión adecuada de los riesgos que generan. A modo de respuesta, debemos indicar que, desde distintos sectores de la doctrina, se ha planteado el desplazamiento progresivo de los deberes de vigilancia por parte del Estado hacia las propias empresas<sup>4</sup>.

<sup>4</sup> Ver: GÓMEZ-JARA DÍEZ, “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, p. 30. En esa línea, el profesor Ragués i Vallès también hace referencia a la figura del *whistleblower* o *informante interno*, o también denominado como *delator*: “(...) la creciente complejidad de las organizaciones empresariales y administrativas hace que cada vez resulte más difícil la prevención de las conductas ilícitas que se cometen en su seno. Ante estas dificultades, un buen medio de prevención puede consistir en que el Estado preste atención a posibles informaciones de sujetos dispuestos a desvelar los delitos cometidos dentro de su organización. Como afirman estos mismos autores, “el *whistleblowing* puede ser visto como un recurso que permite recuperar el control social sobre las grandes organizaciones que se han hecho con el dominio de la comunidad global”<sup>12</sup>. De hecho, en algunos casos han sido las propias empresas las que, en sus códigos éticos internos, han introducido medidas para amparar a los trabajadores que deseen revelar algún tipo de actuación irregular cometida en el seno de la propia compañía”. Ver: RAGUÉS I VALLÈS, Ricardo. “¿Héroes o traidores? La protección de los informantes internos

En otras palabras, se ha afirmado que el Estado no se encuentra en la mejor posición para regular complejas organizaciones empresariales, por lo que, solo puede aspirar — dada la escasez de recursos— a ejercitar algún grado de control sobre el contexto y las circunstancias en las que distintas empresas interactúan entre sí.

Así, a decir de GARCÍA CAVERO, se advierte que el aseguramiento de la vigencia efectiva de la regulación legal deja de estar en las manos exclusivas del Estado para pasar a la empresa, que se comporta como un colaborador activo en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad<sup>5</sup>, a través del establecimiento de normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales.

En esa línea, cabe advertir que, en nuestro país, desde el año 2002, una serie de instituciones públicas han venido imponiendo los denominados “Principios del Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”, que han sido elaborados sobre la base de los “Principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico”, que es observada, hoy en día, por empresas de los más variados giros como: mineras, bancos y financieras, etc.<sup>6</sup>.

La idea de buen gobierno corporativo reconoce, precisamente, la escasa capacidad de rendimiento de los controles estatales directos sobre las empresas, frente a lo cual propone un esquema distinto, que va más allá de las meras declaraciones éticas: *se defiende la idea de la autorregulación a través de la adopción de normas internas que sirvan para la prevención y detección de ilícitos y, de ese modo, de complemento a la función normativa del Estado.*

---

(whistleblowers) como estrategia político-criminal, pp. 4 y 5. Disponible en internet: <http://www.indret.com/pdf/364.pdf> [última visita: 23.12.13]

<sup>5</sup> GARCÍA CAVERO, “Compliance y lavado de activos”, p.43.

<sup>6</sup> Es más, recientemente se ha publicado el CÓDIGO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO PARA LAS SOCIEDADES PERUANAS, donde se indica como Principio 25 lo siguiente: “El Directorio aprueba una política de gestión integral de riesgos de acuerdo con el tamaño y complejidad de la sociedad; define roles, responsabilidades y líneas de reporte que correspondan; y promueve una cultura de riesgos al interior de la sociedad, desde el Directorio y la Alta Gerencia hasta los propios colaboradores. En el caso de los grupos económicos, dicha política alcanza a todas las empresas integrantes del grupo y permite una visión global de los riesgos críticos.

La Gerencia General supervisa periódicamente los riesgos a los que se encuentra expuesta la sociedad y los pone en conocimiento del Directorio. El sistema de gestión integral de riesgos permite la identificación, medición, administración, control y seguimiento de riesgos.

El Directorio de la sociedad es responsable de la existencia de un sistema de control interno y externo, así como de supervisar su eficacia e idoneidad. Para tal efecto, constituye un Comité de Auditoría”. Disponible en internet: [http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%202 .pdf](http://www.smv.gob.pe/Uploads/CodBGC2013%202.pdf) [última visita: 02.12.13]

En este marco, hallamos el concepto de *buen ciudadano corporativo*, que trata sobre aquella corporación que cumple con el Derecho, esto es, que ha institucionalizado una cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho, de respeto al Derecho; lo que es la base para la construcción del rol de *ciudadano corporativo fiel al Derecho*.

De acuerdo a GÓMEZ-JARA DÍEZ, como núcleo de la concepción del ciudadano corporativo fiel al Derecho se pueden señalar sin dudas a los *programas de cumplimiento efectivo (compliance programs)*, los cuales que fungen como indicadores de dicha cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho.

Desde dicha perspectiva, es necesario que las empresas cuenten con una organización interna orientada a la prevención del delito, de manera tal que cumplan con sus deberes de colaboración y, obviamente, eviten ser utilizadas para la ocultación del origen ilícito de los bienes obtenidos como beneficio de la realización de actividades delictivas.

Todo lo mencionado da pie a lo que se ha denominado *Compliance*, cuya finalidad es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales. El término puede caracterizarse en función del específico ámbito jurídico en el que repercute; de manera que, si lo que se procurase fuese la observancia específica de la normativa penal, se le llamará *criminal compliance*.

Asimismo, debe destacarse que, si bien la regla general es la voluntariedad en la adopción de un *criminal compliance*, el legislador puede exigir a cierto tipo de empresas la adopción de un sistema de cumplimiento normativo en relación con ciertos riesgos penalmente relevantes (que se pueden originar por determinadas actividades que desarrollan)<sup>7</sup>; llegando incluso a definir, a través de distintas leyes, ciertos aspectos que deben ser necesariamente tenidos en cuenta en la conformación del *Compliance*<sup>8</sup>.

Así pues, la finalidad del *Compliance* es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales, presentando 2 objetivos diferenciables:

- a. **Función de prevención:** que procura evitar la realización de conductas infractoras de la ley.

---

<sup>7</sup> Así, por ejemplo, la legislación nacional vigente ha establecido la incorporación de programas de cumplimiento de carácter penal con relación al lavado de activos. Ver: GARCÍA CAVERO, “*Compliance y lavado de activos*”, p.46.

<sup>8</sup> GARCÍA CAVERO, “*Compliance y lavado de activos*”, p.45.

- b. **Función de confirmación del Derecho:** si las infracciones penales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección, y eventual comunicación a las autoridades correspondientes.

Un punto importante a tomar en cuenta, es que tales programas de prevención no deben entenderse como una alternativa a las estructuras de imputación de responsabilidad administrativa y penal consolidadas, sino que, más bien, se presentan como un complemento del Derecho penal<sup>9</sup>. Teniendo como elemento esencial a los *códigos de conducta* empresarial, que permiten incrementar los costes esperados del incumplimiento de los deberes de colaboración por parte de los directivos y empleados.

A manera de resumen, cabe indicar entonces que, como paradigma de la prevención, aparece la autorregulación empresarial por medio de los *compliance programs* (prevención de riesgos ambientales, accidentes laborales, blanqueo de capitales); que buscan evitar que los factores criminógenos de las empresas operen como condiciones que dificulten la oportuna detección de hechos ilícitos, así como la posterior imposición de sanciones (penales o administrativas).

Aquel es el medio más eficaz para influir en la política de la empresa, pues su ventaja, en comparación a la intervención estatal, se observa en que esta se encuentra inserta en diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna, que son mejores que las regulaciones administrativas. La autorregulación, en ese sentido, se adapta más fácilmente a las particularidades de la empresa.

Por ejemplo, los programas para la prevención del blanqueo de capitales o lavado de activos (*criminal compliance*) son elaborados por la propia empresa, en el marco de las regulaciones legales dictadas por el Estado y bajo la influencia de normas autorregulatorias originadas en asociaciones de empresas (asociaciones de banca) y heterorregulatorias provenientes de organismos técnicos (GAFI).

Se observa entonces, que en el marco de la privatización de la prevención y control del delito por medio de la estrategia de la *autorregulación regulada* aparecen una diversidad de nuevos términos: programas de cumplimiento, buen gobierno corporativo, ética empresarial, códigos de conducta, entre otros. Estos, *grosso modo*, describen medidas que organizan la gestión empresarial conforme a valores éticos, que, asimismo, deben de evitar la criminalidad empresarial.

---

<sup>9</sup> BERMEJO, *Prevención y castigo...*, p. 409.

Finalmente, consideramos que debe ponerse especial énfasis en que el *criminal compliance* no es un mecanismo que busca preservar a los miembros directivos de la empresa de una imputación penal por los delitos acaecidos en el ámbito empresarial, pues ello “llevaría simplemente a un traslado de la imputación penal de los directivos a otros trabajadores de la empresa, con costos empresariales igualmente desastrosos como multas, indemnizaciones, daño reputacional o pérdida de capacidad competitiva”<sup>10</sup>.

Por el contrario, lo que se persigue es la efectiva disminución de los riesgos de infracción penal, a través de la adopción de diversas medidas preventivas (función de prevención) y, en caso llegue a realizarse un hecho ilícito, su pronta detección y comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del Derecho).

Lo apuntado tiene efectos directos de cara a las consecuencias que podrían imponerse, pues “(...) si al momento de la comisión del hecho, dichos programas estaban vigentes de manera efectiva, el delito empleado no se considerará a su vez delito de la corporación. En definitiva se abre la posibilidad de exculpación a la empresa si cumple con su rol de ciudadano corporativo fiel al Derecho institucionalizando una cultura corporativa que no cuestiona la vigencia del Derecho, sino que promueve el cumplimiento con el Derecho”<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> GARCÍA CAVERO, “*Compliance y lavado de activos*”, p.43.

<sup>11</sup> GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, p. 254.