



## **LA REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y SU EFECTIVIDAD PARA INCENTIVAR LA IMPLEMENTACIÓN DEL “CRIMINAL COMPLIANCE”**

### **I. Introducción**

La vida en sociedad trajo consigo una serie de beneficios por todos conocidos, sin embargo también genera una serie de conflictos que deben ser solucionados por el Estado, en tal sentido el Dr. Ricardo Manuel Rojas señala: *“El servicio de justicia tiene dos finalidades: por un lado es un proceso de resolución de conflictos y aplicación supletoria de la ley disponible a todas las personas y por otra, es un productor de doctrinas y normas- la jurisprudencia (...)”*<sup>1</sup>

La criminalidad empresarial es uno de esos graves problemas sociales que se manifiesta principalmente en fraudes, actos de corrupción y lavado de dinero, generando un fuerte impacto en la economía nacional. Esta situación se enmarca en un contexto de debilidad institucional por la ausencia de controles del Estado y del propio sector privado, en tal sentido, las diversas actividades económicas, principalmente en materia de contrataciones y licitaciones estatales resultan las más vulnerables.

Diversos organismos internacionales afirman que existe una correspondencia entre la ausencia de mecanismos de prevención y control de delitos, conocidos como *Criminal Compliance* y el aumento de la criminalidad empresarial, es así que mediante el presente trabajo realizaré un breve análisis de la Ley 27401, sobre la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Argentina, a fin de conocer si resulta un mecanismo idóneo para combatir la corrupción y estimular a las empresas en la implementación de controles de prevención y detección de delitos dentro de su organización.

Asimismo enunciaré algunas ventajas y desventajas del criminal compliance y efectuaré una comparación entre la normativa peruana y argentina sobre la materia, dando a conocer sus coincidencias y divergencias. Finalmente responderé algunas interrogantes en relación a la mencionada ley.

---

<sup>1</sup> Ricardo Manuel Rojas. “La Decisión Judicial y la certidumbre jurídica”. Grupo Unión, 2018, pág. 16



## II. DATOS ESTADÍSTICOS:

### a) ARGENTINA:

Transparencia Internacional, en su informe de 2016, posiciona a la Argentina en el puesto número 95/176 en materia de percepción de la corrupción<sup>2</sup>. Asimismo la consultora Ibarómetro (15/02/2016) sobre la opinión de los problemas más importantes, muestra a la corrupción en el primer lugar con el 19,2% de personas que afirman que sería el principal problema del país y el 17,9% que afirma que es el problema que más le preocupa en su vida cotidiana<sup>3</sup>.

La WGB (Grupo de Trabajo Anticorrupción) como órgano responsable de monitorear el cumplimiento de la Convención Anticorrupción de la OCDE, en su evaluación del año 2017, manifestaba que Argentina seguía en franco incumplimiento de la mayor parte de la Convención firmada y daba su visto bueno por la nueva ley de responsabilidad penal de las personas jurídicas indicando que solucionaría gran parte de los problemas de incumplimiento internacional en el que se encontraba el país.

### b) PERÚ

La auditora internacional Ernst & Young (EY) realizó en el año 2014 un estudio sobre el riesgo de fraude en el Perú. El estudio determinó que el 55% de las empresas encuestadas fueron víctimas de un fraude. Además, se conoció que el 21% de las empresas defraudadas sufrieron más de cinco fraudes en un año.

El estudio señala que el 63% de los fraudes se perpetraron por la falta de mecanismos de prevención y control para detectar delitos dentro de la organización y que el 81% de los casos de fraude fueron perpetrados por el propio personal de la empresa. A pesar de conocer la probabilidad de enfrentar nuevos fraudes, el 57% de encuestados señalaron que su organización no cuenta con un programa de prevención del fraude.

En cuanto a la reacción de las empresas frente al descubrimiento de delitos, se tiene que el 73.3% despidió a quienes cometieron el delito; el 13.3% no

---

<sup>2</sup> Transparency International, *Argentina*, Recuperado en: <https://www.transparency.org/country/ARG#chapterInfo>, el día 15/15/17.

<sup>3</sup> Ibarómetro, Clima político y balance del gobierno nacional, Agosto 2016, recuperado en: <http://www.ibarometro.com/newsite/wp-content/uploads/2016/08/Monitor-nacional-de-opini%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>, el día 12/12/17, pág. 5.



tomó ninguna acción, y solo el 6.7% informó a las autoridades encargadas de hacer cumplir la ley cuando el origen del fraude fue interno.

Ipsos Perú<sup>4</sup> realizó en el año 2013, la Encuesta Nacional “Lucha contra la corrupción desde el sector privado”, preparada exclusivamente para la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción (CAN) y el Banco Mundial.

Al respecto, el 84% de las empresas encuestadas consideran los procesos de compra del Estado, como contrataciones y licitaciones, proclives a actos de corrupción, y el 81%, los trámites administrativos, como licencias y autorizaciones. Esto queda respaldado con la percepción del sector construcción como el más corrupto, con un 62%; seguido por el sector energía, petróleo y gas, con el 43%, ambos sectores que involucran gran participación del Estado.

Sobre la frecuencia de actos indebidos como coimas, sobornos, tráfico de influencias u otros similares, se obtuvo que el 32% los realiza de manera muy frecuente para obtener concesiones u obras públicas, al igual que el 25% para obtener compras, licitaciones y contrataciones con el Estado, y que el 20% para obtener permisos y licencias. Finalmente tres de cada diez empresas declaran que les han solicitado algún tipo de soborno en el último año.

### III. BREVE ANÁLISIS JURÍDICO

#### a. El fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Santiago Mir Puig, al momento de analizar la regulación española sostiene que a las personas jurídicas no debe imponérseles pena toda vez que las mismas no pueden delinquir. El autor sostiene la naturaleza de “*medida de seguridad*” que tendría las penas, aclarando que las mismas se imponen, no en base a la peligrosidad de la comisión de nuevos ilícitos futuros por parte de la misma, ya que ello sería también imposible por ausencia de conducta, sino en base a la peligrosidad de que vuelvan a ser utilizadas por la persona física para la cual la persona jurídica fuera un medio idóneo para hacerlo”<sup>5</sup>.

Según señala una empresa no puede concretar propiamente los elementos que exige la dogmática de la teoría del delito, puesto que el delito deriva de una conducta humana. Asimismo analiza la diferencia real entre la sanción

---

<sup>4</sup> <https://www.ipsos.com/es-pe/news-and-polls/overview>

<sup>5</sup> Mir Puig S., *Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 2004, núm. 06-01, pág. 01:2



coactiva impuesta por el derecho penal y por el derecho administrativo, concluyendo que la misma no es solo cualitativa sino principalmente simbólica por el reproche ético social que representa la primera de ellas por sobre la segunda, y sostiene que en base a ese mayor reproche ético social es que también se han fijado los principios de la dogmática penal<sup>6</sup>.

Dicho esto, no habría fundamento para penalizar a la persona jurídica, al tener una naturaleza ficticia carente de personalidad autónoma y de peligrosidad en sí misma y en todo caso las sanciones, derivadas del actuar de sus integrantes, pueden aplicarse propiamente en función a su responsabilidad administrativa.

### **b. Sobre la imputación de la acción**

La dogmática jurídica define al delito como una conducta, típica, antijurídica y culpable, así Zaffaroni enuncia que: *“No es tolerable que se pretenda formalizar jurídicamente un poder punitivo sobre otra cosa que no sea una persona y en razón de una acción de ésta. En consecuencia, desde la base misma de la construcción, se debe excluir del concepto de delito toda pretensión de ejercicio del poder punitivo sobre cosas, animales, personas jurídicas, etc....)”*<sup>7</sup>.

El artículo 19 de la Constitución Argentina expresa. *“Las acciones privadas de los **hombres** que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”*.

Por lo expuesto, queda claro que para imponer una sanción penal se necesita de una acción que pertenezca a la esfera humana, con lo cual queda fuera de discusión la posibilidad de incluir a la persona jurídica como pasible de imputación penal.

---

<sup>6</sup> *Ibidem*, pág. 01:9.

<sup>7</sup> Zaffaroni, E. R., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2°. ed., CABA, Ediar, 2006, pág. 292



### **c. Sobre la culpabilidad de la persona jurídica**

Zaffaroni expresa: *“La culpabilidad es el tercer carácter específico del delito, consistente en un juicio que permite vincular en forma personalizada el injusto a su autor y, de este modo, operar como el principal indicador que, desde la teoría del delito, condiciona el paso y la magnitud de poder punitivo que puede ejercerse sobre éste. Es decir, si puede reprocharse el injusto al autor y, por ende, si puede imponerse pena y hasta qué medida según el grado de ese reproche”*<sup>8</sup>.

La culpabilidad de una persona implica que se le pueda reprochar el injusto subjetivo previamente imputado y en base a la graduación de la culpabilidad, efectuar la mensuración de la pena. Por lo tanto, pasar de la imputación del acto ilícito de una persona natural a una persona jurídica, es una ficción que acarrea sostener una culpabilidad sin reprochabilidad y sin posibilidad de efectuar la justificación, limitación y medida de la pena.

### **d. Modelos de responsabilidad penal de la persona jurídica**

Pese a que a nivel teórico no concurren los elementos necesarios para penalizar a la persona jurídica, a fin de continuar nuestro análisis corresponde suponer que los mismos se presentan y que una vez dados, se puede optar por uno de los principales modelos de responsabilidad existentes, los que paso a explicar a continuación.

#### **d.1 Modelo de responsabilidad por hecho ajeno**

La responsabilidad penal de una persona natural recae en la persona jurídica en virtud de algún criterio de conexión entre ambas, es decir, la responsabilidad penal de la persona natural se “transfiere” a la persona jurídica.

Este modelo presupone la comisión de un hecho delictivo por parte de una persona física que forma parte de la persona jurídica, por lo que se le imputa a la persona jurídica el injusto que realizan sus órganos o representantes, basta que los requisitos de la culpabilidad se den en la persona física, para que la persona jurídica responda penalmente<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> Zaffaroni. R.E., Ídem, pág. 507.

<sup>9</sup> CLEMENTE CASAS, Ismael y Manuel ÁLVAREZ FEIJOO. 2011. “Sirve de algo un programa de compliance penal? ¿Y qué forma le doy? (Responsabilidad Penal de la persona jurídica: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica)”. Actualidad Jurídica Uria Menéndez. Madrid, 2011, número 28, pág. 27.



Este sistema se caracteriza por facilitar la imposición de la sanción, ya que una vez identificado el delito perpetrado, la autoridad hace responsable a la empresa, sin embargo debe identificarse a la persona natural que cometió el delito, lo que genera una serie de inconvenientes, puesto que en estructuras complejas, las probabilidades de encontrar al sujeto responsable son más bajas, dadas las complicaciones que tienen las autoridades para acceder a la información de la empresa.

Otra fuerte crítica que se le hace al modelo, es que genera incentivos perversos, ya que la empresa al tener su suerte unida al actuar del responsable individual, preferirá cooperar con él para que su infracción no sea descubierta, partiendo de un análisis costo-beneficio, lo que provocará ocultar por todos los medios el delito que se ha cometido en su interior, adoptando una actitud obstruccionista a la investigación judicial.

Finalmente, este modelo no reconoce los esfuerzos que podría hacer la empresa en implementar un modelo de cumplimiento normativo y trata por igual a las empresas diligentes y a las descuidadas, por lo que lógicamente las empresas considerarán inútil asignar recursos a un sistema de Criminal Compliance.

## **d.2 Modelo de responsabilidad por defecto de organización**

Este modelo se centra en la esfera organizativa de la persona jurídica, en su propia conducta, ya que se analiza si esta fue determinante para la comisión del delito, es decir, si la organización fue negligente y facilitó la comisión de delitos, la persona jurídica responderá penalmente o, por el contrario, si el delito se cometió a pesar de los controles y medidas de prevención dispuestos por la persona jurídica, ésta no asumirá responsabilidad penal.<sup>10</sup>

La falta de organización constituye el presupuesto fundamental de responsabilidad de la persona jurídica, entendiéndose como “defecto organizativo” a la conducta omisiva de la persona jurídica que no tomó las medidas de seguridad necesarias para un funcionamiento empresarial no delictivo.

---

<sup>10</sup> CLEMENTE CASAS, Ismael y Manuel ALVAREZ FEIJOO. 2011. Op. Cit. Pág. 27



Se puede apreciar que este modelo genera un incentivo concreto para que las empresas se autorregulen mediante la implementación de *Compliance Programs*, puesto que la empresa conoce de antemano que su responsabilidad será atenuada o eximida, si implementó un sistema de prevención eficaz, es así que de cometerse un delito dentro de la empresa, esta no será responsable si acredita la existencia previa de un *Criminal Compliance* y que el individuo que cometió el delito lo hizo sorteando los controles establecidos.

#### IV. COMENTARIOS SOBRE LA LEY 27401

##### ASPECTOS NEGATIVOS PARA LA EMPRESA

- ) Respecto del sistema de imputación de responsabilidad, se aprecia que no aplica estrictamente el sistema objetivo o "vicarial" o el basado en el "déficit de organización", sino que parece tener una fórmula combinada, lo que podría dar lugar a una suerte de incertidumbre y poca respuesta de las empresas para adoptar un sistema de criminal compliance.
- ) El último párrafo del artículo 2 señala que la persona jurídica queda exenta de responsabilidad sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin provecho alguno para aquella, un aspecto que podría estimular a que los superiores de la empresa utilicen algún subordinado como chivo expiatorio, para que cargue con la culpa, dando a entender que se benefició burlando los mecanismos de prevención para la comisión del delito.
- ) El artículo 3 de la ley establece el supuesto de la responsabilidad sucesiva en los casos de transformación, fusión, absorción, escisión o cualquier otra modificación societaria, donde la responsabilidad de la persona jurídica se transmite a la persona jurídica resultante o absorbente, con lo cual se crea una suerte de transmisión indefinida de la responsabilidad penal.
- ) El artículo 4 incorpora la responsabilidad independiente de la persona jurídica respecto a la persona física, indicando que la extinción de la acción penal contra las personas humanas autoras o partícipes del hecho delictivo no afectará la vigencia de la acción penal contra la persona jurídica. Este artículo implica continuar un juicio para determinar la responsabilidad penal de una persona jurídica, independientemente que la persona física llegue a ser enjuiciada y



eventualmente declarada culpable, situación que también recibe fuertes críticas, dado que la empresa asumiría todo el costo del acto ilícito ajeno.

- ) No se tiene claro que entidad estará a cargo de certificar un programa de prevención como adecuado.
- ) Las sanciones consistentes en la suspensión de actividades, así como la eventual disolución o liquidación de la empresa, traerán como consecuencia conflictos y perjuicios para sus trabajadores y acreedores.
- ) La norma hace una distinción para que no se apliquen las sanciones mencionadas, cuando sea indispensable mantener la continuidad de la entidad, situación que se presenta principalmente para el caso de servicios públicos u obras de gran envergadura social, tal desigualdad sería tomada negativamente por el resto de empresas que no gocen de dicho beneficio, máxime que la mayor cantidad de actos de corrupción, se presentan justamente en las obras relacionadas a servicios públicos, conforme demuestran las estadísticas citadas.
- ) Se establece que el programa de integridad sea condición necesaria para poder contratar con el Estado Nacional, cuando deba ser autorizado por una autoridad con rango no menor a ministro y se trate de concesión o licencias de servicios públicos. Esto podría verse como una barrera para las empresas que no puedan costear sistemas de prevención.
- ) El Registro Nacional de Reincidencia registrará las condenas que recaigan por los delitos previstos en la ley, lo que perjudicará la imagen y reputación de la empresa entre sus proveedores, consumidores e inversionistas.

### **ASPECTOS POSITIVOS PARA LA EMPRESA**

- ) Se establece la posibilidad de que las personas jurídicas sean eximidas de pena, de haberse acreditado el diseño y la implementación de un programa de integridad adecuado, consistente en el conjunto de acciones, mecanismos y procedimientos internos de promoción de la integridad, supervisión y control, orientados a prevenir, detectar y corregir irregularidades y actos ilícitos.
- ) Se instaure la posibilidad de pagar la multa en forma fraccionada durante un periodo de hasta 5 años cuando la cuantía y cumplimiento en un único pago pusiere en peligro la supervivencia de la persona jurídica o el mantenimiento de los puestos de trabajo.



- J Finalmente la norma contempla la posibilidad de negociar con el fiscal un "acuerdo de colaboración eficaz", con la finalidad de lograr la atenuación en la pena.

## V. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO DEL CRIMINAL COMPLIANCE

Inicialmente indique que la principal alternativa que se viene promocionando a nivel nacional e internacional como un remedio eficaz para hacer frente a la criminalidad empresarial y los altos índices de corrupción, es la implementación de un programa de integridad o cumplimiento normativo, lo que se corrobora con los datos estadísticos descritos, asimismo se desprende que la mayoría de empresas aun no cuentan con dicho programa, pese a que las legislaciones analizadas, buscan generar incentivos para tal fin, veamos entonces algunas ventajas y desventajas que ofrece el desarrollo del criminal compliance.

### VENTAJAS

- J Permite detectar oportunamente la comisión de un acto fraudulento en perjuicio de la empresa, así como contar con información confiable sobre otras empresas e inversionistas con las que quiera asociarse y que podrían estar involucrados en actos de corrupción o lavado de dinero.
- J Mejora la imagen y percepción de la empresa por parte de sus proveedores, colaboradores, clientes y contratistas, tanto en el mercado nacional y extranjero, pudiendo concretar nuevas oportunidades de negocio con mayor seguridad, lo que favorecerá su eventual expansión.
- J Permite identificar aquellas actividades o procesos que generan o incrementan los riesgos de delitos en la empresa, así como delimitar las competencias y responsabilidades de los funcionarios que están encargados de realizar una debida vigilancia sobre los demás agentes que intervengan en los procesos con mayor probabilidad de comisión de actos delictivos, tales como sobornos, fraudes o hurtos.
- J Sirve como mecanismo para sustentar la defensa jurídica de la empresa frente a un acto ilícito que haya sido cometido sorteando las barreras de prevención y monitoreo y de ese modo eximirse de la responsabilidad penal. La existencia de medidas de prevención y control de delitos en las empresas genera un ambiente propicio para combatir la delincuencia empresarial, ya



que las probabilidades de detección del delito son altas y la imposición de una sanción para la empresa resulta remota.

- J) Genera un ambiente de compromiso y concientización en todos los miembros de la empresa (Desde los altos directivos hasta el trabajador de menor jerarquía) sobre la necesidad de actuar siempre con arreglo a ley, esto a través de la implementación y difusión de un código de conducta cuya finalidad es motivar el comportamiento de quienes interviene en la actividad de la empresa.

### INCONVENIENTES

- J) El diseño y la implementación de un programa de integridad, deberá guardar relación con los riesgos propios de la actividad que realicen las empresas y dependerá básicamente de su capacidad económica, es decir, por los elevados costos que implica su implementación, no todas las empresas se encontrarán en posibilidad de adquirirlo y muchas optarán por asumir los riesgos de no tenerlo.
- J) Por otro lado, dadas las condiciones de la ley 27401, las empresas quedan casi obligadas a costear la labor de supervisión interna así como su interacción con terceros (Poveedores, contratistas, distribuidores, socios u otras personas humanas o jurídicas con quienes mantengan una relación contractual), con lo cual, el *criminal compliance* puede llegar a verse negativamente al considerar que constituye una suerte de imposición estatal.

## VI. COMPARACIÓN CON LA LEGISLACIÓN PERUANA

El 01 de abril del año 2016 se publicó en el Perú la Ley N° 30424: “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional”, marcando un hito en la legislación peruana sobre la materia, puesto que todavía no hay una ley que regule expresamente la responsabilidad penal de las empresas, en tal sentido, el artículo 5° contempla las siguientes sanciones:

- a. *Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.*
- b. *Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:*
  - 1. *Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.*



- 2. Prohibición de llevar a cabo en el futuro actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será mayor de cinco años.*
- 3. Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años.*
- c. Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.*
- d. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años.*
- e. Disolución.*

Asimismo me permito citar textualmente el artículo 7° de Ley N° 27401 que tiene como penas aplicables las siguientes:

- 1) Multa de dos (2) a cinco (5) veces del beneficio indebido obtenido o que se hubiese podido obtener;*
- 2) Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*
- 3) Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años;*
- 4) Disolución y liquidación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad;*
- 5) Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere;*
- 6) Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.*

## **COMENTARIOS**

- ) En ambas legislaciones se contemplan sanciones similares, teniendo como principal diferencia que la legislación peruana optó por aplicarlas en base a la responsabilidad administrativa y no así la responsabilidad penal, considero que tal posición obedece a evitar cuestionamientos a nivel doctrinario y a la vez evita forzar una figura jurídica que a todas luces resulta incompatible con la teoría del delito.



- J El artículo 17° de la Ley 30424, al igual que la legislación argentina, contempla la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad administrativa si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características.
- J La normativa peruana establece que el modelo de prevención sea certificado por terceros debidamente registrados y acreditados, con la finalidad de acreditar el cumplimiento de todos los elementos establecidos en el párrafo 17.2 del artículo 17. El reglamento establece la entidad pública a cargo de la acreditación de terceros, la norma técnica de certificación y demás requisitos, situación que no se encuentra contemplada en la legislación argentina.
- J Otra observación interesante, es que la legislación peruana dispone que el Poder Judicial implemente un registro informático de carácter público para la inscripción de las medidas administrativas impuestas a las personas jurídicas, con expresa mención del nombre, clase de sanción y duración de la misma, así como el detalle del órgano jurisdiccional y fecha de la sentencia firme, sin perjuicio de cursar partes a los Registros Públicos para la inscripción correspondiente, situación que resulta mucho más severa que lo dispuesto en la legislación argentina.
- J Finalmente se aprecia que ambos países ponen gran énfasis en la necesidad de que las empresas cuenten con mecanismos de control y previsión de hechos delictivos.

## VII. PLANTEAMIENTOS FINALES

Tal como se viene señalando, la finalidad del presente trabajo fue determinar si efectivamente la tipificación de la responsabilidad penal empresarial constituye un incentivo adecuado para que las empresas implementen programas de prevención de actos ilícitos, por lo que he considerado pertinente efectuar el análisis a través de diversas interrogantes, que responderé según mi perspectiva.

### **¿Qué efecto tendrá la penalización de la persona jurídica sobre la corrupción institucionalizada en el Sector Público?**

- J Considero que la penalización de las empresas no tendrá un efecto trascendental para combatir la corrupción institucionalizada en el Gobierno, puesto que como indican las estadísticas, tales actos son cometidos



principalmente por funcionarios que condicionan a las empresas a entregar sumas de dinero a cambio de contrataciones o de obtener permisos o licencias de funcionamiento.

- ) En mi experiencia, la mayoría de casos de corrupción provienen de los agentes del gobierno y no de las empresas y si bien en ambos lados de la cancha existirán personas propensas a buscar beneficios de manera ilícita, se advierte que en el primer caso no se procesa a la entidad gubernamental como sucede con las empresas. Por ejemplo en el Perú, un Gerente Municipal puede cometer actos de corrupción para beneficiar a su provincia al tener que negociar y ofrecer dádivas a las autoridades nacionales para que deriven presupuesto a su localidad, sin embargo no se procesa a la alcaldía beneficiada, sino a los que intervinieron en dicho acto de corrupción.

**¿La legislación crea incentivos para que las empresas implementen programas de cumplimiento normativo (Criminal Compliance)?**

- ) Efectivamente se infiere que tanto la legislación peruana como argentina, buscan crear incentivos para que más empresas adopten programas de integridad o cumplimiento normativo, sin embargo considero que tanto la regulación de la responsabilidad penal como la responsabilidad administrativa, no constituyen los medios idóneos para tal fin.
- ) Conforme a las estadísticas muchas empresas prefieren ocultar el delito cometido por alguno de sus colaboradores, antes que verse involucradas en un engorroso proceso penal por los costos directos e indirectos que éste implica, tales como honorarios de abogado, tiempo en asistir a diligencias y audiencias, tasas judiciales, pago de peritos, así como el desprestigio social que generaría pese a que eventualmente se demuestre su inocencia.
- ) Un estímulo más eficiente sería el condicionar a las empresas para que adopten dicho programa si quieren contratar con el Estado y que el mismo sea en todos los casos y no únicamente en los previstos en la ley 27401.
- ) Otra opción puede ser otorgar algún beneficio tributario, dado el costo que las empresas asumirán en la implementación del programa de integridad y si bien puede cuestionarse que el Estado asuma dicho costo, debemos tener en cuenta que se beneficiará a la sociedad en su conjunto al reducir el número de delitos que afecten el interés económico general.



- ) También se puede crear un registro público de las empresas que cuentan con el *criminal compliance* y hacer campañas de difusión que den a conocer los aspectos positivos del mismo, puesto que la principal razón de no implementarlo, es el desconocimiento que se tiene sobre el tema y lo que involucra una evaluación de riesgo, siendo que para muchos empresarios resulta un gasto innecesario.
- ) Finalmente a la fecha, no existen suficientes sentencias condenatorias o resoluciones judiciales o administrativas que permitan establecer a partir de que punto, los operadores privados pueden tener seguridad sobre cómo acreditar la idoneidad o eficacia de los programas de cumplimiento.

**¿Se busca generar una mayor aceptación social al imponer penas a las empresas?**

- ) En mi análisis he determinado que las penas que se imponen a través de la ley 27401 resultan más bien una forma para que el Gobierno obtenga mayor aceptación social, erigiéndose como un firme defensor de la legalidad en contra de las empresas que incidan en actos de corrupción, con lo cual, tal medida se convierte más bien en una forma populista de mejorar su imagen y no en un medio que genere incentivos positivos en el ámbito empresarial, máxime que la mayoría de casos de corrupción provienen de instituciones públicas y empresas del Estado, que por su naturaleza, se verían “exoneradas” de las sanciones correspondientes, conforme al artículo 8 de la ley 27401.

**¿Qué sucederá con las contrataciones y licitaciones por parte del Estado?**

- ) A mi parecer, la norma afecta la posibilidad de que existe mayor participación privada en las contrataciones y licitaciones con el Estado, al aumentar el número de exigencias y existir mayores riesgos que recaen sobre la empresa en caso se detecte algún hecho ilícito.
- ) Debo precisar además que en el caso peruano la mayoría de obras públicas se realizan con capital privado, a través de concesiones, obras por impuestos y asociaciones público privadas, con lo cual existe una clara dependencia de la inversión privada, la que lejos de aumentar, podría verse reducida al no resultar rentable como empresario, el tener que costear obras públicas y eventualmente verse perjudicado por la irregular componenda entre algún funcionario y un empleado de la empresa, con lo cual se aumentan las barreras para que puedan concretarse negociaciones con el Estado.



) Asimismo en la mayoría de casos la gran envergadura de las obras públicas, que requieren miles de millones de dólares para su ejecución, exige que se formen consorcios empresariales, por tal motivo si ya es difícil detectar los riesgos dentro de la empresa, resulta aún más complejo detectar los riesgos en una empresa externa y si bien el criminal compliance se ofrece como solución, aun no existen suficientes estudios que acrediten su nivel de efectividad.

**¿Se busca mejorar o controlar indirectamente el sistema organizacional de las empresas?**

) En cierto modo el *criminal compliance* podría verse como una interferencia estatal en la actividad privada, puesto que al prácticamente obligar a la implementación de un programa de cumplimiento, lo posterior sería la creación de algún organismo estatal que fiscalice directamente la organización empresarial, creando estándares uniformes que no tomen en cuenta el giro del negocio y las diferencias que existen entre cada rubro.

**¿No sería mejor optar por una responsabilidad de tipo administrativa?**

) Si bien no me encuentro conforme con la solución aplicada por el Estado, puesto que ante todo la política criminal debe poner énfasis en la prevención antes que la sanción, considero que en todo caso se debió optar por la responsabilidad administrativa de la empresa como un mecanismo jurídico más adecuado que la responsabilidad penal.

) La práctica jurídica ha demostrado que la penalización no siempre es la mejor solución y en todo caso debe ser de ultima ratio, además, la realidad muestra una sobrecarga de procesos judiciales que van en desmedro de la ciudadanía al retrasar excesivamente el servicio de justicia, por lo que no se justifica que se sigan aumentando las figuras penales cuando se podía optar por la vía administrativa, donde muchas veces se resuelven los casos de forma más ágil que en la vía judicial.

**¿La ley 27401 propone un mecanismo eficaz para luchar contra la corrupción?**

) En función a todas las preguntas respondidas anteriormente, en mi opinión, la citada ley no resulta un mecanismo eficaz, puesto que pasa por alto el hecho de que la persona jurídica no constituye un peligro en sí misma y en todo caso, resulta el medio utilizado por uno o varios individuos para cometer un acto



ilícito, tal como sucede en la esfera estatal, siendo que conforme a la teoría de la agencia, resulta muy costoso que el principal pueda ejercer un alto nivel de control sobre el agente, al existir asimetría de información entre ambos y en las posibilidades que tiene el agente de apartarse del principal, actuando en su propio beneficio.

## VIII. CONCLUSIONES

- ) La implementación del *criminal compliance* genera una serie de costos para la empresa y si bien resulta prematuro hablar de los resultados que tendrá, conforme al breve análisis efectuado, se asume que los beneficios de adoptar una cultura de cumplimiento, serán mucho mayores, puesto que por un lado se podrán detectar fraudes a nivel interno de la empresa y por otro, tener una herramienta eficaz para defenderse a nivel judicial.
- ) La comisión de actos delictivos de algún directivo, trabajador o tercero, siempre dará lugar a una investigación a la empresa, con lo que, pese a que posteriormente se demuestre su inocencia, se habrá resquebrajado su imagen dentro del mercado nacional e internacional.
- ) La lucha contra la corrupción constituye una de las principales preocupaciones de la sociedad, sin embargo no puede ser utilizada como excusa para que los gobiernos interfieran en la actividad empresarial y justifiquen una figura carente de fundamento jurídico.
- ) Las estadísticas demuestran que en la mayoría de casos analizados, las empresas han sido víctimas de actos fraudulentos a nivel interno y de peticiones ilícitas por parte de funcionarios del Gobierno, por lo que con la normativa dictada, se genera una doble afectación para la empresa.
- ) El Estado debe generar estímulos positivos para que las empresas desarrollen programas de cumplimiento normativo, situación que resultará mucho más efectiva que la penalización y en última instancia, se debería optar por una responsabilidad de tipo administrativa.