



# Capítulo 2



## DERECHO Y EMPRESA EN EL PERÚ CONTEMPORÁNEO VOLUMEN 1

**DERECHO Y  
EMPRESA  
EN EL PERÚ  
CONTEMPORÁNEO  
VOLUMEN 1**

# **DERECHO Y EMPRESA EN EL PERÚ CONTEMPORÁNEO VOLUMEN 1**

**EDITORES  
GUILLERMO BOZA PRÓ  
JOSÉ ENRIQUE SOTOMAYOR TRELLES  
BRUNO DEBENEDETTI LUJÁN**



**ESCUELA DE  
POSGRADO  
PUCP**

---

**Departamento  
Académico de Derecho**

---

**CICAJ  
PUCP**

---

**Maestría en  
Derecho de la Empresa**

**Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)**

**Jefe del DAD**

Elmer Arce Ortiz

**Director del CICAJ-DAD**

Betzabé Marciani Burgos

**Consejo Directivo del CICAJ**

Renzo Cavani Brain

Areli Valencia Vargas

Gilberto Mendoza del Maestro

**Equipo de Trabajo**

Rita Del Pilar Zafra Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Ana Lucía Montenegro Chaupis

Facundo García Encinas

Lucas Quijandria Chirinos

Genesis Mendoza Lazo

*Derecho y empresa en el Perú contemporáneo. Volumen 1*

Editores: Guillermo Boza Pró, José Enrique Sotomayor Trelles y Bruno Debenedetti Luján

Imagen de cubierta: Pexels.com/ Expect Best

Primera edición digital: mayo de 2024

© Pontificia Universidad Católica del Perú  
Departamento Académico de Derecho  
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica  
Maestría en Derecho de la Empresa

Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú

Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901

<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Loreta Alva Mansilla y Maria Gracia Tamara Minaya Chávez

*Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.*

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2024-03891

ISBN: 978-612-49252-7-6

# CUMPLIMIENTO NORMATIVO Y PREVENCIÓN DE RIESGOS PENALES: DESCENTRALIZACIÓN DEL CONTROL DE RIESGOS A PARTIR DE LA LEY N.º 30424

*Armando Sánchez-Málaga<sup>1</sup>*

## **Resumen**

En el presente capítulo se presentan las bases de un modelo de prevención de delitos en la empresa. Se analiza el sistema de incentivos creado a partir de la entrada en vigencia de la Ley N.º 30424 y se presenta el contenido mínimo de este tipo de modelos que implica la implementación estructurada y dinámica de una cultura de cumplimiento, de procesos de análisis de los riesgos y de procedimientos de prevención. Por otro lado, se presta atención al rol de la asesoría legal en la identificación y prevención de riesgos al interior de estructuras empresariales.

**Palabras clave:** Empresa, riesgo, corrupción, cumplimiento normativo, incentivos, incumbencias, modelo de prevención.

## **Abstract**

This chapter presents the bases of a criminal compliance program in a company. The article analyzes the incentives system created by Law 30424 and develops the minimum content of a program to prevent crimes, which implies a structured and dynamic implementation of compliance culture with top-level commitment, risk assessment and risk prevention procedures. Likewise, the author focuses on the role of legal advice in the identification and prevention of risks within business structures.

**Keywords:** Company, risk, corruption, compliance, incentives, incumbency, compliance program.

## **1. Introducción**

La publicación de la Ley N.º 30424, “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, marcó un antes y un después en la perspectiva que adoptan las empresas peruanas con relación a la prevención del riesgo

---

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Barcelona. Profesor ordinario del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú a cargo de los cursos de Compliance y Derecho Penal Económico en el Área Derecho y Empresa de la Escuela de Posgrado. *ICA Certificate in Compliance* por la International Compliance Association de Londres. Socio en Yon Ruesta, Sánchez Málaga & Bassino Abogados. Correo electrónico: asanchezmalagac@pucc.edu.pe

de comisión de delitos en su actividad. La norma establece la posibilidad de procesar y sancionar de manera autónoma a las personas jurídicas por delitos de corrupción (colusión, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias), lavado de activos y financiamiento del terrorismo que fueran cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto por sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados<sup>2</sup>. También incluye los casos de otros trabajadores de menor jerarquía en la organización que cometan delitos bajo las órdenes o autorización de las personas mencionadas en la oración anterior o debido al incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control de estas últimas.

A través de la mencionada ley, publicada el 21 de abril de 2016, cuyo reglamento fuera aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS de fecha 9 de enero de 2019, se establece la importancia que tiene adoptar e implementar al interior de la organización un modelo de prevención de delitos que sea adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, y que cuente con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos que podrían ser objeto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Bajo una óptica de prevención general negativa, el artículo 12 de la Ley N.º 30424 establece que después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, se debe llevar a cabo la adopción e implementación del modelo de prevención de delitos, así como la acreditación parcial de sus elementos mínimos. Estos elementos constituyen circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Desde el mismo enfoque, el artículo 17 exime de responsabilidad al ente correspondiente cuando el modelo es adoptado de forma adecuada antes de la comisión del delito. Es decir que, como ha ocurrido previamente en casos como el español y el chileno (Artaza Varela, 2014, pp. 231-236), se supera los primigenios modelos de códigos éticos o de buen gobierno corporativo y se construye un sistema legal más amplio y ambicioso que tiene como objetivo promover en las empresas, a través de la amenaza de sanción corporativa (responsabilidad penal o administrativa derivada de delito de las personas jurídicas), la creación de estructuras particulares destinadas a la identificación, evaluación y prevención de riesgos penales y de otra naturaleza, incluidos los incumplimientos de estándares de *soft law*.

---

2 Luego de haber culminado la redacción de este trabajo, fue publicada la Ley N.º 31740, Ley que modifica la Ley N.º 30424. Entre las modificaciones principales se encuentran la posibilidad de hacer responsables a las personas jurídicas por delitos tributarios y delitos aduaneros; la aplicación de la ley a personas jurídicas extranjeras que desarrollen actividades en el territorio nacional; la inaplicación de la eximente de responsabilidad por adoptar e implementar un modelo de prevención de delitos cuando el delito es cometido por los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados, con capacidad de control de la persona jurídica; y la valoración del informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores como pericia institucional no vinculante.

A mi criterio, el marco normativo peruano tiene como fuente directa el Decreto Legislativo italiano 231/2001<sup>3</sup>, el cual establece en un supuesto similar al regulado por la norma nacional que la persona jurídica no será responsable si el órgano de dirección ha adoptado y aplicado efectivamente, antes de la comisión del delito, modelos organizativos y de gestión adecuados para prevenir delitos del tipo del cometido; la tarea de supervisión del funcionamiento de los modelos y su actualización ha sido encomendada a un órgano con facultades independientes de iniciativa y control; las personas físicas cometieron el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y gestión, y no se verifica una omisión o supervisión insuficiente por parte del órgano de supervisión.

El trasfondo del sistema normativo peruano de cumplimiento normativo es crear incentivos para que las empresas adopten modelos de prevención de delitos y así contribuyan con el Estado en la tarea de prevenir riesgos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo<sup>4</sup>. Desde la perspectiva estatal, se produce lo que Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020) denominan el fenómeno de “descentralización del control de riesgos”, que se manifiesta tanto en la producción normativa como en la persecución de ilícitos y que implica “la configuración de una red de agentes privados que actúan como colaboradores de las Administraciones [sic.] públicas” (p. 37). En ese sentido,

el fenómeno de máxima extensión de la red descentralizada de policía, al tiempo que de máxima densidad de esta, viene dado por la conversión de toda persona jurídica en un gestor de prevención de los delitos que se puedan cometer en su seno. (*ibid.*, p. 37)

Más allá de la fuerza vinculante que pudiera atribuirse al nuevo modelo, lo cierto es que ya son manifiestos los cambios que ha producido en la dinámica empresarial, cambios que serían de mayor intensidad a los que se produjeron cuando la regulación del mercado de valores introdujo normas imperativas de buen gobierno corporativo o cuando la regulación del sistema financiero introdujo deberes específicos para los sujetos obligados a prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. En esa línea, recogiendo la experiencia del modelo español, Gómez-Jara (2018) sostiene que, con la implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en dicho país,

se ha evidenciado una mejora sustancial en la cultura de *compliance* por parte de las personas jurídicas relevantes del país. Asimismo, han proliferado los cursos de formación en materia de *compliance* y, en general, se percibe una concienciación respecto de la importancia de esta materia que resultaba desconocida hasta la entrada en vigor de la normativa penal. (p. 29)

3 Consultar en: <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/04/09/responsabilita-amministrativa-delle-societa-e-degli-enti-dlgs-231#3030>

4 Existe actualmente en debate el Proyecto de Ley N.º 676/2021-PE que propone incorporar a la ley más delitos, entre los que se encuentran los delitos tributarios y los delitos aduaneros.

Se trata de un fenómeno muy parecido al que asisten hoy diversas empresas peruanas, algunos entes del Estado como la Superintendencia del Mercado de Valores y la universidad.

En este capítulo, luego de un breve análisis acerca de las razones por las que las empresas peruanas habrían comenzado a adoptar modelos de prevención de delitos (punto 2), desarrollaré algunas características principales del modelo peruano de cumplimiento normativo (punto 3) y el rol que podrían desempeñar los asesores legales en materia de identificación y prevención de riesgos de delitos según los niveles de cumplimiento normativo de las empresas (punto 4).

## 2. ¿Por qué las empresas adoptan modelos de prevención de delitos?

El Estado tiene como rol proteger la libertad de las personas (físicas y jurídicas), así como evitar, en la medida de lo posible, la comisión de delitos y, en suma, promover una convivencia pacífica entre sus ciudadanos. El derecho penal es una herramienta más para conseguir dichos objetivos y la normativa sobre cumplimiento normativo es hoy la pieza clave de ese modelo.

Hace varios siglos, Hobbes (2006, p. 140) planteaba que los seres humanos viven en el estado de naturaleza, que es un estado de guerra latente permanente, donde cada uno se guía por sus apetitos y aversiones, y por un afán incontrolado de poder, hasta que surja un poder que pueda limitar las causas de la discordia. La manera de que los seres humanos salgan del Estado de guerra era, para el filósofo, “conferir todo su poder y fortaleza a un hombre o a una asamblea de hombres, todos los cuales, por pluralidad de votos, puedan reducir sus voluntades a una voluntad” (*ibid.*, p. 102). A partir de ello, la misión del soberano consistiría en “el fin para el cual fue investido con el soberano poder, que no es otro sino el de procurar la seguridad del pueblo” (*ibid.*, p. 275).

Recientemente, Pawlik (2016) ha sostenido con acierto que “la principal tarea del Derecho y, sobre todo, del Derecho penal consiste en asegurar la aspiración de que todos puedan conducir su vida según su propia visión de las cosas” (p. 36). A partir de ello, el Estado les permite a los individuos “una configuración de su propia existencia que esté libre de un temor paralizante y de una heterodeterminación abrumadora” (*ibid.*, p. 36). En este punto se plantea el rol sustancial del Estado en la prevención y, de no ser posible esta, en la sanción de los delitos que cometan sus ciudadanos, incluidos aquellos que involucran la actividad de las empresas. Lo que sí resulta difícil de asumir es que exista un deber de cooperación de los ciudadanos para el mantenimiento de un Estado de derecho de libertades, como Pawlik propone como siguiente paso con la frase: “A quien quiere hacer uso de las libertades del orden del Estado de Derecho se le exige que también contribuya con lo suyo a la preservación y defensa de estas libertades” (*ibid.*, p. 43).

Más allá de proponer que los ciudadanos somos responsables de las tareas concretas de nuestros roles sociales, resulta complejo —a mi criterio— conciliar una propuesta que imponga a los particulares deberes generales de prevención de delitos con el núcleo de nuestra Constitución Política que se centra en la



protección de la autodeterminación y de las libertades individuales de los ciudadanos, incluidas las empresas (artículo 1). En ese sentido, la exposición de motivos del Reglamento de la Ley N.º 30424, citando el documento de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC por sus siglas en inglés) (2013) titulado “Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica”, sostiene que

el Estado debe trabajar de la mano con el sector privado, en tanto las personas jurídicas tienen la responsabilidad de actuar como buenos ciudadanos corporativos, teniendo en cuenta que hoy en día la actividad empresarial está intrínsecamente relacionada a la globalización, y en ese marco, en su interrelación con el Estado y sus funcionarios. (Congreso del Perú, 2019)

Es decir, que, si bien la normativa peruana atribuye a las personas jurídicas una responsabilidad de realizar buenas prácticas corporativas, en ningún caso se podría elevar ello a la categoría de deber de evitación de delitos. Es más, cuando se ha querido establecer algún deber de naturaleza específica, la ley lo ha hecho de forma expresa. Este es el caso de los deberes de prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo que la normativa de la Unidad de Inteligencia Financiera impone a los sujetos obligados.

¿Cuál es, entonces, el rol de los agentes económicos privados y especialmente de la empresa frente a la prevención de delitos que podrían cometerse en el marco de su actividad? Más allá del interés que pudiera tener en no asumir los costos (económicos, legales, reputacionales) de ser involucrada en un proceso penal, ¿puede afirmarse que la empresa tiene el deber de establecer mecanismos para evitar que las personas físicas que laboran para ella y que forman parte de su estructura corporativa cometan delitos?

Si bien puede afirmarse que en algunos casos las empresas ostentan deberes de aseguramiento consistentes en promover buenas prácticas corporativas que tienen como efecto reducir el riesgo de comisión de delitos en su actividad, es muy distinto concluir que el incumplimiento de dichos deberes podría tener algún efecto de naturaleza penal. En nuestro sistema normativo no existe un sistema general de deberes de prevención de delitos imputables a las personas jurídicas (tampoco a las personas físicas, salvo que desempeñen cargos públicos específicos, por ejemplo, en el Ministerio Público, o asuman el rol de oficial de cumplimiento de un sujeto obligado a reportar operaciones sospechosas de lavado de activos). Tampoco creo que sería admisible una regulación de tal naturaleza en un modelo de democracia constitucional, en el que se privilegia la autodeterminación de los ciudadanos y se limita el poder punitivo del Estado. Comparto, así, la premisa que plantea Robles Planas (2009), quien parte del principio de culpabilidad propio de un modelo democrático, según el cual no puede exigirse a la empresa que tenga un comportamiento colaborador con el Estado en la prevención y detección del delito. Sin embargo, “dado que es deseable que la empresa se organice de acuerdo con las exigencias —*mutatis mutandi*— de un “ciudadano fiel al Derecho”, puede, en caso contrario, no jugar a su favor la exención o disminución

de la responsabilidad previamente fundamentada” (Robles Planas, 2009, p. 11). Que es justamente la exención o disminución de sanción que establece la Ley N.º 30424 para las personas jurídicas que cuentan —*ex ante* o *ex post*— con modelos de prevención de delitos.

Lo que sí se establece en la normativa peruana sobre cumplimiento normativo es una fórmula de autorregulación coaccionada, en la que “el Estado a través de sanciones positivas o negativas incentiva la autorregulación” (Nieto Martín, 2015, p. 36). Así, se valora la existencia de un interés por parte de las empresas de adoptar modelos de prevención de delitos a efectos de evitar colocarse en un riesgo de condena de acuerdo con lo establecido en la Ley N.º 30424, pero no se les sanciona, al menos directamente, por no implementar dichos modelos.

Algunos autores sostienen que lo que tienen las empresas son incumbencias (en alemán, *obliegenheiten*), entendidas como el interés de la persona jurídica en disponer de una defensa para evitar *ex ante* una eventual atribución de responsabilidad. Según Montiel (2014, p. 9), el incumplimiento de las incumbencias no da lugar a una sanción específica, sea penal o de otra naturaleza, sino a la caducidad de una posibilidad de defensa. Por su parte, Sánchez-Ostiz (2017) describe a la incumbencia como “una suerte de obligación de menor entidad, débil, o funcional, en cuanto encaminada a determinar y precisar otra obligación, que sería de carácter ‘fuerte’, en cuanto claramente expresada” y añade que, en este caso, el destinatario de la norma goza de un amplio margen de libertad de acción, por lo que se espera que sea él quien detalle la norma de conducta (p. 1213).

En suma, cuando existe una incumbencia, como lo es la de incorporar modelos de prevención de delitos en las empresas, no se trataría “del anuncio de una pena por su infracción, sino de la consecuencia de que la imputación no va a verse impedida” (*ibid.*, p. 1215). Lo que hace la norma no es establecer un deber de cumplimiento categórico (Coca Vila, 2013), sino limitar las posibilidades de defensa de la empresa a efectos de excluir su responsabilidad administrativa (o penal) por el hecho delictivo cometido por su directivo, representante o trabajador (Sánchez-Málaga, 2018).

En suma, Robles Planas (2009) concluye que

pese a que no pueda imponerse directamente un deber a la empresa de organizarse conforme a un determinado modelo cuya finalidad sea la prevención y detección de delitos, sancionando el incumplimiento del mismo, sí puede exigirse indirectamente, esto es, no otorgándole el beneficio de la exoneración o atenuación de responsabilidad cuando no cumpla con las condiciones de una organización interna orientada a la prevención y detección del delito. (p. 10)

En esta línea, pueden plantearse hasta tres clases de respuestas a la pregunta de por qué las empresas peruanas vienen adoptando modelos de prevención de delitos. En primer lugar, cabe plantear que la implementación y puesta en marcha de un modelo de prevención responde a la entrada en vigencia de la Ley N.º 30424, su Reglamento y los Lineamientos de la Superintendencia del Mercado

de Valores en esta materia. Sería la confirmación de que el elemento de coacción de la norma ha surtido efecto y los particulares han “decidido” autorregularse por temor a no contar con las defensas que la ley prevé. Posiblemente sea esta la razón más fuerte que ha llevado a que las empresas implementen modelos de prevención de delitos, capaciten a su personal y busquen certificar determinados procesos (a través de normas como la ISO 37001, que regula el protocolo de gestión antisoborno), aun cuando el artículo 49 del Reglamento de la Ley N.º 30424 otorga expresamente un valor meramente referencial a la certificación.

En segundo lugar, algunos aluden a la existencia de motivos éticos que guiarían a las empresas a adoptar estrategias de prevención del incumplimiento normativo. Sería una exigencia moral la que guía la conducta de la alta dirección de la empresa. En este punto, cabe hacer referencia al ideal kantiano según el cual todo ser racional

existe como fin en sí mismo y no sólo como medio para cualesquiera usos de esta o aquella voluntad, y debe ser considerado siempre al mismo tiempo como fin en sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo sino las dirigidas también a los demás seres racionales. (Kant, 2004, p. 102)

Sin embargo, los motivos morales no deberían ser tomados en cuenta por el Estado, ya que su existencia es independiente de cualquier decisión o accionar de lo público (Sánchez-Málaga, 2022, p. 53). A ello se suma el hecho de la posibilidad de que el sentido de una empresa es generar riqueza en el marco de la legalidad y esto podría concretarse a través de medios que, siendo legales, podrían colisionar con criterios morales de un grupo.

En otras palabras, para el derecho (y para la Ley N.º 30424) no es necesariamente relevante si el agente económico actúa bajo un imperativo categórico, según el cual representa sus acciones por sí mismas como objetivamente necesarias sin referencia a ningún otro fin, o si lo hace bajo un imperativo hipotético en el que se representa la necesidad práctica de una acción posible como medio de conseguir otra cosa que se quiere (o que es posible que se quiera) (Kant, 2004, p. 83). Justamente podría ser la lógica del imperativo hipotético la que guíe mejor un sistema de incentivos económicos y que consiga como resultado la adopción más eficiente de modelos de prevención de delitos.

En esa línea, los motivos económicos sean quizás los más importantes y los más consistentes con un sistema de incentivos para la incorporación de modelos de prevención de delitos en las empresas. Sin embargo, parecen merecer una importancia secundaria en nuestro sistema normativo. Más allá de que un amplio sector considere superada la teoría del análisis económico para explicar la decisión de delinquir de los agentes económicos, las propias concepciones que se basan en la economía del comportamiento y verifican la existencia de sesgos cognitivos en la dinámica corporativa (Silva Sánchez y Ortiz de Urbina, 2020, p. 32) no niegan que la actividad empresarial tiene como un importante motor la generación de utilidad. En ese sentido, resultaría apropiado que, desde el Estado, se creen más incentivos que animen a las empresas a adoptar modelos de prevención, por

ejemplo, a través de beneficios tributarios, ventajas en la realización de trámites ante entidades del Estado, subsidios, entre otros. Un interesante ejemplo se encuentra, para variar, en la actividad privada de empresas extranjeras que exigen a sus pares peruanas, que cuenten con modelos de gestión antisoborno para contratar. En algunos casos se trata de exigencias provenientes de la legislación de los países de los que dichas empresas son originarias, y en otros casos son los propios compromisos de *compliance* de estas empresas los que llevan a elevar los estándares de exigencia en esta materia.

### **3. Características principales del modelo peruano de cumplimiento normativo**

El artículo 17.2 de la Ley N.º 30424 establece cuáles son los elementos mínimos de un modelo de prevención de delitos de una empresa peruana. Para la ley, un modelo adecuado deberá contar con un encargado de prevención autónomo designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica; un perfil de riesgos que conlleve procesos de identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de delitos a través de la persona jurídica; la implementación de procedimientos de denuncia; la difusión y capacitación periódica del modelo de prevención, y la evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Coincidimos en algunos puntos con Gómez-Jara (2018), ya que llama la atención a primera vista que no se considere la implementación de sistemas de investigaciones internas, así como la elaboración de protocolos de actuación frente a situaciones específicas de riesgo. Otras omisiones relevantes en la norma peruana son la ausencia de mayor detalle en relación con las sanciones disciplinarias para el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el modelo de prevención, así como la omisión de la necesidad de dotar de recursos para la elaboración, implementación y funcionamiento del modelo de prevención (*ibid.*, pp. 37-38).

En relación con el poco desarrollo de protocolos de prevención específicos, cabe indicar que dicho problema pretende ser parcialmente subsanado por el Reglamento de la Ley N.º 30424, el cual establece en su artículo 33 que las personas jurídicas pueden (no deben) complementar el modelo de prevención con elementos como políticas para áreas específicas de riesgos; registro de actividades y controles internos; la integración del modelo de prevención en los procesos comerciales de la persona jurídica; la designación de una persona u órgano auditor interno; la implementación de procedimientos que garanticen la interrupción o remediación rápida y oportuna de riesgos; y la mejora continua del modelo de prevención. De estos últimos, cabe destacar la introducción de políticas para áreas específicas de riesgos, que, según la propia norma, implica el establecimiento de controles específicos e idóneos de prevención, detección y mitigación de riesgos enfocados en ámbitos especialmente sensibles que puedan estar vinculados a la actividad u objeto social de la empresa, tales como pagos de facilitación; regalos, auspicios, hospitalidad, viajes y entretenimiento, y contribuciones a campañas políticas.

La ley peruana confiere a la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) la competencia de verificar que los modelos de prevención de delitos que adopten las personas jurídicas sean adecuados a la naturaleza, riesgos, necesidades y características de las mismas, así como que cuenten con medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir o reducir significativamente el riesgo de comisión de los delitos que podrían ser objeto de responsabilidad administrativa de la persona jurídica. En esa línea, el 31 de marzo de 2021 fue publicada la Resolución SMV N.º 006-2021-SMV/01 que aprueba los “Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención” (en adelante, los Lineamientos de la SMV), los cuales “buscan constituirse en un referente para aquellas personas jurídicas que opten por implementar un modelo de prevención y que busquen conocer el marco legal vigente sobre la responsabilidad administrativa de estas en el Perú” (Ministerio de Economía y Finanzas [MEF], 2021, p. 4).

Los Lineamientos de la SMV reconocen la existencia de tres elementos fundamentales del cumplimiento normativo en las empresas: (i) cultura de cumplimiento, (ii) perfil de riesgo y (iii) modelo de prevención. Si bien la SMV se centra en desarrollar el contenido mínimo del modelo de prevención —que es la herramienta operativa del cumplimiento normativo en la empresa—, es clara al establecer que cualquier acción orientada a la implementación y funcionamiento de dicho modelo ha de estar precedida por la consolidación de una cultura de cumplimiento en la empresa. Esto no es otra cosa que el compromiso y liderazgo de la alta dirección de la persona jurídica con una cultura de integridad y prevención en todos los niveles de la organización.

En relación con el perfil de riesgo, la SMV lo trata como un elemento mínimo del modelo de prevención, ya que así lo establece la Ley N.º 30424; sin embargo, se precisa con acierto que la persona jurídica, sobre la base de la identificación, evaluación y análisis de los riesgos de comisión de delitos que sean inherentes a sus actividades u operaciones, asume e implementa controles y medidas de prevención, detección o corrección. Es decir, el perfil de riesgo no solo es un elemento mínimo del modelo de prevención, sino que es también un presupuesto para su implementación. En ese sentido, es consistente con la exigencia doctrinal que dicta que “no es posible considerar un programa de cumplimiento eficaz sin haber realizado un análisis de riesgo previo” (Nieto Martín, 2015, p. 153).

Para la elaboración del perfil de riesgos, resulta imprescindible seguir una secuencia que atienda a las variables de identificación, evaluación, tratamiento y revisión de los riesgos específicos que los procesos y subprocesos de una persona jurídica pueden conllevar. En esa línea, Nieto Martín (2015) sostiene que el procedimiento de análisis de riesgos se inicia con la fijación del objeto, lo que implica determinar el sector de la empresa o actividad en la que se analizarán los riesgos penales; a lo que sigue la identificación de las posibles infracciones que puedan afectar al sector de la empresa o actividad sobre la que se realizará el análisis de riesgos; la determinación de la probabilidad de que aparezca un determinado delito o infracción; la evaluación que implica clasificar los riesgos atendiendo a su importancia; el tratamiento del riesgo que conlleva concretar los criterios que

debe adoptarse para su reducción, y la revisión que debe realizarse de manera constante (*ibid.*, pp. 154-158).

En relación con los elementos mínimos del modelo de prevención en sí mismo exigidos por la normativa peruana, cabe hacer algunas anotaciones:

- La norma peruana exige el nombramiento por parte de la alta dirección de un encargado de prevención que se encargue de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención, así como asegurar el cumplimiento de las políticas y objetivos del modelo de prevención (Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS, artículo 35). Entre los requisitos que debe cumplir el encargado de prevención se incluyen la autonomía, autoridad e independencia, además es necesario que posea la calificación técnica suficiente y esté libre de conflictos de intereses. En cuanto a los conocimientos, es esencial que conozca el derecho, pero también la dinámica del negocio (Juanes Peces, 2017, p. 24). Si bien la normativa permite que, en el caso de sujetos obligados, el cargo sea asumido por el oficial de cumplimiento designado ante la UIF (Ley N.º 27693, artículo 10), lo ideal es que la labor del encargado de cumplimiento sea asumida a dedicación exclusiva.
- Ahora bien, considero que más apropiado hubiera sido hacer referencia a un concepto más amplio de órgano de cumplimiento como instancia de la persona jurídica encargada de coordinar y asistir a la alta dirección en la elaboración y puesta en funcionamiento del modelo de prevención. Más allá de las personas físicas que pudieran estar a cargo de la conducción de esta tarea, resulta fundamental que, en la empresa, se creen estructuras de cumplimiento normativo que trasciendan al desempeño individual de los directivos y trabajadores.
- Otro asunto de fundamental importancia es planteado por Lascuráin (2014), quien se pregunta si el encargado de cumplimiento puede ser sancionado penalmente por no evitar los delitos que cometan los trabajadores, administradores o representantes de la persona jurídica. Al respecto, partiendo de la idea de que el oficial de cumplimiento es un órgano asesor y es la alta dirección de la empresa la principal responsable por el cumplimiento normativo, sostiene que el oficial de cumplimiento podría ser responsable como autor cuando se le haya delegado un deber de garantía específico que vaya más allá de sus funciones generales (por ejemplo, un deber de supervisión) o como partícipe por omisión cuando incumpla un deber específico de actuación cuyo cumplimiento hubiera impedido o dificultado la comisión del delito (*ibid.* p. 333).
- Otra exigencia del modelo de prevención de delitos es que cuente con un procedimiento de denuncias implementado y en funcionamiento. Se trata de un canal de denuncias interno que habilite la posibilidad de que cualquier persona, sea parte de la persona jurídica o no, reporte cualquier intento, sospecha o comisión de un delito o de cualquier otro acto que determine el incumplimiento o debilidad del modelo de prevención

(Decreto Supremo 002-2019/JUS, artículo 39). Un punto esencial para los Lineamientos de la SMV es que la persona jurídica implemente un esquema de incentivos para motivar el compromiso y la participación del personal y de terceros que se relacionen con la persona jurídica en la presentación de denuncias. Entre estos incentivos, se distinguen los económicos (ascensos de personal, bonificaciones, capacitaciones pagadas, días de descanso, vales de consumo) de los disuasivos (publicación interna de las sanciones impuestas, tolerancia cero frente a la comisión de ilícitos, imposición de sanciones por denuncias maliciosas) (MEF, 2021, p. 39). Al respecto, surge la discusión de si un canal de denuncias confidencial es suficiente para materializar los incentivos o si es necesario recurrir al anonimato del denunciante, con el riesgo que ello trae de que se utilice el canal de denuncias interno como un medio de represalias.

- Entre las ventajas de implementar un canal de denuncias interno, el profesor Ragués i Vallès (2014, p. 479) sostiene que permite ofrecer a las compañías la posibilidad de comprobar previamente la veracidad de la denuncia evitando el riesgo reputacional de que se presenten denuncias infundadas ante la autoridad, así como ofrece a la persona jurídica la posibilidad de acceder a beneficios procesales vinculados a la confesión sincera, colaboración eficaz, entre otros. Si bien es cierto que podría cuestionarse el hecho de que, a través del canal de denuncias interno, se podría estar privatizando la investigación de un asunto de interés público, también lo es que no existe un deber general de denunciar hechos ilícitos, más aún si pudiera tratarse de hechos en agravio de la propia compañía.
- Una clara omisión de la Ley N.º 30424 se refiere a los sistemas de investigaciones internas, hecho que pretende ser subsanado en los Lineamientos de la SMV. En este último documento se sostiene que las denuncias que se reciban a través del canal de denuncias interno deberán ser investigadas por la propia persona jurídica o por un tercero especialista. Quizás esta última alternativa sea mejor para garantizar la imparcialidad en las investigaciones y la reducción del riesgo de conflicto de interés. Debe recordarse que la decisión final sobre la sanción ha de corresponder a la alta dirección de la empresa o al ente que esta designe. En cualquier caso, el límite para la imposición de sanciones será la legislación laboral. Al respecto, Gómez Martín (2014) sostiene que tanto los canales de denuncias como los sistemas de investigaciones internas, al tratarse de mecanismos habituales de los modelos de prevención, deben mostrarse “escrupulosamente respetuosos con los derechos de los trabajadores” (p. 454).
- Otra exigencia es que el modelo de prevención de delitos cuente con difusión y capacitación periódica. Al respecto, el Reglamento de la Ley N.º 30424 precisa que la difusión del modelo de prevención debe ser tanto interna como externa y debe contener, como mínimo, aspectos relacionados con la política de cumplimiento y prevención de delitos, los procedimientos implementados, el modelo de prevención y el deber de

cumplimiento; los riesgos de incurrir en delitos; las circunstancias en las que pueden presentarse dichos riesgos; las formas de reconocimiento de las situaciones de riesgo; la identificación de los canales de denuncia; las formas de colaboración para la prevención de riesgos; las consecuencias legales de incumplir el modelo de prevención, y la información sobre los recursos de capacitación disponibles (Decreto Supremo N.º 002-2019/JUS, artículo 41).

- Si bien la capacitación resulta importante, es necesario llamar la atención sobre el hecho de que el sistema normativo peruano contenga un exiguo desarrollo del contenido de las políticas de prevención de riesgos en áreas específicas de la actividad de las empresas. En relación con esto último, resulta vital destacar la importancia que tienen los protocolos de actuación como directrices específicas de conducta (Juanes Peces, 2017, p. 36) que permiten hacer accesible el modelo de prevención de delitos y las normas internas de la persona jurídica a todos los intervinientes. Una capacitación acerca de lo que dice la ley y cuáles son los riesgos legales de determinada actuación resulta importante, pero es posible que su contenido sea fácilmente olvidado por los trabajadores de la empresa. La entrega de materiales de difusión, que contengan cartillas informativas sobre el funcionamiento del modelo de prevención de delitos y especialmente sobre cómo actuar en situaciones específicas de riesgo (por ejemplo, qué debe hacer un vendedor de la empresa cuando un funcionario público le solicita un soborno), puede resultar mucho más eficiente como mecanismo de cooperación con el buen funcionamiento del modelo de prevención.
- Se exige también que el modelo de prevención contenga procedimientos de evaluación y monitoreo continuo. Al respecto, es importante mencionar que la prevención de riesgos en las personas jurídicas no es una actividad que se limite a un momento específico, como es el planteamiento de la incorporación de un modelo de prevención de delitos. Por el contrario, debe tratarse de una actividad permanente que aplique de forma continua procedimientos de seguimiento y, cuando sea necesario, de reingeniería de las acciones de prevención ya implementadas.
- Un aspecto positivo del modelo peruano es que los Lineamientos de la SMV permiten el desarrollo de criterios prácticos para verificar tanto la implementación como la puesta en funcionamiento de cada uno de los elementos mínimos del modelo de prevención de delitos. Queda por ver cómo asumirán los fiscales penales y los jueces penales el resultado del análisis que lleven a cabo los especialistas de la SMV y, particularmente, el impacto que esto tendrá sobre los juicios de antijuridicidad e imputación personal que se realicen para establecer la responsabilidad administrativa (en realidad, penal) de las personas jurídicas que regula la Ley N.º 30424.



#### 4. Identificación y prevención de riesgos de delitos en la actividad empresarial

A partir de un estudio del derecho anglosajón, Martín Fernández y Santana Lorenzo (2018, p. 37) afirman que son pilares fundamentales del cumplimiento normativo la diligencia debida en el funcionamiento operativo de las actividades corporativas y la realización de evaluaciones de los riesgos en curso de la empresa. El nivel de desarrollo de ambos pilares en las empresas no es uniforme. Depende del compromiso de la alta dirección, la disposición de recursos, el carácter técnico y multidisciplinario de los encargados de hacer el perfil de riesgos, entre otros factores. En ese sentido, el grado de cumplimiento normativo que alcance una persona jurídica es distinto en cada caso.

Planteo, entonces, que los procesos de identificación y prevención de riesgos penales en una empresa, así como el rol de los asesores legales frente a ellos, serán distintos según el nivel de disposición y de desarrollo que tenga la persona jurídica en relación con el cumplimiento normativo en general. A partir de ello, se pueden formular dos reglas. La primera regla es que la introducción de procesos de identificación y prevención de riesgos penales en una empresa será solo posible cuando exista un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo. De lo contrario, cualquier intento de formular un modelo de prevención en la empresa sería artificioso y constitutivo de lo que se denomina “cumplimiento normativo cosmético” (*make up compliance*). La segunda regla es que, una vez que se verifica la existencia de un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo, es necesario evaluar el nivel de desarrollo que tienen los mecanismos de prevención de riesgos al interior de la empresa. En este punto cobra relevancia el rol de la asesoría legal como complemento importante a la tarea del encargado de cumplimiento como asesor de la alta dirección en materia de cumplimiento normativo.

En relación con la aplicación de la primera regla, puede acudirse a la distinción que hacen Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020, p. 30) de los casos de empresas lícitas, en las que puede ocurrir eventualmente la comisión de un delito, pero cuya actividad es, en general, conforme a la ley, y de los casos de organizaciones económicas ilícitas o empresas criminales, que se integran a la estructura de organizaciones criminales más amplias. Un ejemplo del primer caso sería el de una clínica privada que presta servicios médicos y que, en una ocasión, para obtener una licencia municipal de estacionamiento, realiza un pago de facilitación a un funcionario de menor jerarquía. Un ejemplo del segundo caso sería el de una empresa dedicada exclusivamente a lavar los activos provenientes de una organización de narcotráfico. Queda claro que en el primer caso se trata de una empresa en la que existe disposición al cumplimiento normativo, mientras que en la segunda no. Es decir, en las empresas que responden al paradigma del primer caso, cabría formular un modelo de prevención, mientras que en el caso de las empresas que respondan al paradigma del segundo caso, cualquier intento estaría destinado al fracaso o, más posiblemente, sería parte de la estructuración de una empresa de fachada fabricada para encubrir actividad criminal.

El problema está en los casos intermedios, aquellos en los que se ubican las empresas,

cuya forma de ejercer la actividad económica conlleva —en mayor o menor medida— la comisión de delitos. Estas son, por ejemplo, aquellas que sistemáticamente proceden a pagar sobornos a funcionarios para la adquisición de sus productos o la contratación de sus servicios por parte de las administraciones públicas. (*ibid.*, p. 30)

Podría afirmarse que en estos casos todavía existe la posibilidad de verificar la existencia de un mínimo grado de disposición al cumplimiento normativo, más aún cuando su objeto principal de negocio es plenamente lícito, con lo que no quedaría cerrada la posibilidad de aplicar la segunda regla y evaluar el nivel de desarrollo —aunque precario— que tienen los mecanismos de prevención de riesgos al interior de la empresa a efectos de establecer la necesidad de intervención de la asesoría legal como mecanismo de refuerzo —ya no como mero complemento— al rol de cumplimiento normativo en la compañía.

A mayor detalle y a efectos de aplicar la segunda regla, cabe mencionar que Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020, p. 31) distinguen cuatro clases de empresas en torno al nivel de desarrollo de sus estructuras de cumplimiento normativo:

- En primer lugar, tenemos a las empresas que cuentan con modelos de prevención de delitos que resultan *ex ante* idóneos (caso i). En estos casos, existe el máximo grado de disposición al cumplimiento normativo que se refleja en un resultado de alto desarrollo del modelo de prevención.
- En segundo lugar, tenemos a las empresas que adoptan algunas medidas de cumplimiento normativo, pero que resultan *ex ante* insuficientes (caso ii). En estos casos, si bien existe buena disposición al cumplimiento normativo, el desarrollo del modelo de prevención es exiguo.
- En tercer lugar, tenemos a las empresas que no adoptan medidas de cumplimiento normativo o, en todo caso, presentan modelos cosméticos de prevención (caso iii). En estos casos, no hay claros indicios de una disposición al cumplimiento normativo, lo que se traduce en el nulo o mínimo desarrollo de sus modelos de prevención. Sin embargo, no se cierra las puertas a que, con medidas de reingeniería en la gestión empresarial, puedan corregirse errores estructurales y adoptar a futuro mejores prácticas en materia de cumplimiento normativo.
- En cuarto lugar, tenemos a las empresas en las que se lleva a cabo una organización del trabajo con fines delictivos (caso iv). En estos casos, no solo no existe disposición al cumplimiento normativo, sino que ni siquiera existen las bases para valorar a futuro la introducción de medidas de prevención.

¿Cuál es el rol, entonces, que corresponde a la asesoría legal en cada caso? Cabe precisar algunos roles. En primer lugar, la responsable del cumplimiento normativo es siempre la empresa y, en consecuencia, es la alta dirección como su representante la encargada de materializarlo. En segundo lugar, el órgano de cumplimiento de la empresa, que puede ser un órgano colegiado o un encargado de cumplimiento en solitario, es el órgano técnico asesor de la alta dirección en

materia de cumplimiento normativo. Así, sus tareas están centradas en organizar el proceso de implementación y puesta en funcionamiento del modelo de prevención de delitos, para lo cual deberá establecer las bases de la realización de un perfil de riesgos. Hay que tener en cuenta que las decisiones en todos estos procesos corresponderán finalmente a la alta dirección de la empresa, que es de quien depende la materialización efectiva de la cultura de cumplimiento en la organización.

El asesor legal, desde el punto de vista que aquí se estudia, es un agente profesional con conocimientos especializados en la materia jurídica que desempeña un rol ajeno a la gestión de la empresa. Las características esenciales de un asesor son tres. En primer lugar, se trata de un profesional o especialista que brinda un servicio altamente especializado, de naturaleza técnica y que responde a su amplia formación y experiencia. En segundo lugar, la labor del asesor está circunscrita a aspectos previamente determinados y consensuados con el asesorado, por lo general a través de un contrato de locación de servicios. En tercer lugar, los actos de asesoría se desempeñan con independencia de las funciones de administración o gestión de la empresa. En ese sentido, un asesor no puede al mismo tiempo tomar decisiones que involucren a la empresa cuya materia o actividad es objeto de la asesoría. Un aspecto formal, aunque muchas veces discutido, es si el asesor legal debe ser un abogado titulado y colegiado ante el colegio de profesionales correspondiente. Desde una concepción amplia debe entenderse que puede ser asesor legal cualquier experto en materia legal, con la formación y la experiencia suficientes para el objeto de la asesoría, aun cuando no ejerza efectivamente la profesión o no se encuentre inscrito ante un colegio de profesionales.

Si el rol técnico en materia de implementación de un modelo de prevención de delitos corresponde al órgano de cumplimiento normativo de la empresa, cabe preguntarse qué tareas podría asumir en este sentido un asesor legal. En principio, podría pensarse que le corresponde llevar a cabo las tareas de asesoramiento de la alta dirección en materia de cumplimiento normativo cuando la empresa no cuenta con un órgano de cumplimiento y el asesor legal es contratado para asumir como externo dicha tarea. Se trata de una situación que podría ser común en micro y pequeñas empresas, más aún si se tiene en cuenta el marco legal peruano. Sin embargo, resulta compleja cuando se trata de empresas con mayor desarrollo y con estructuras de negocio que requieren de una asistencia permanente en materia de cumplimiento normativo. En estos casos parece que la tarea de un asesor legal diligente podría consistir en diseñar las bases de un modelo de prevención de delitos, recomendar la creación de un órgano de cumplimiento en la empresa y, más adelante, asistir al órgano recién creado en la implementación del diseño inicialmente planteado. De lo contrario, existirían elementos para considerar que la intervención del asesor legal forma parte de la elaboración de una estructura cosmética a efectos de evadir responsabilidades legales por parte de la empresa.

En este punto, cabe retomar la clasificación de Silva Sánchez y Ortiz de Urbina (2020) respecto de las cuatro clases de empresas en torno al nivel de desarrollo de sus estructuras de cumplimiento normativo. En el caso (i), el rol del asesor legal

parece ser muy limitado. Al tratarse de empresas con modelos de prevención de delitos que resultan *ex ante* idóneos, cabría entender que cuentan con órganos de prevención calificados y que desarrollan una función permanente o suficiente en la empresa. El asesor legal externo podría ser requerido en estos casos para brindar algún tipo de capacitación al personal o asesorar en el reforzamiento de los elementos legales de las medidas ya existentes. Podría formar parte también del equipo multidisciplinario a cargo de actualizar el perfil de riesgos de la empresa. Cabe recordar que el órgano de cumplimiento de la empresa puede estar a cargo de un abogado, pero que este no será especialista en todos los ámbitos legales sobre los que el sistema de cumplimiento normativo de la empresa requiera asistencia. Aquí podrían ser requeridos también los servicios del asesor legal.

Ahora bien, en un sistema complejo de cumplimiento normativo, que responde a estructuras empresariales de gran magnitud (empresas con una organización funcional, divisional o matricial), la labor del asesor legal podría tener carácter permanente. Aunque, siempre accesorio a efectos de atender, con mayor imparcialidad y sin los conflictos de interés que podrían surgir al interior de la empresa, algunos procedimientos que formen parte del modelo de prevención de la empresa.

Así, cabe entender que el asesor legal externo pueda estar a cargo de atender el canal de denuncias interno de la empresa, de formar parte del equipo multidisciplinario que lleve a cabo las investigaciones disciplinarias que surjan a raíz de las denuncias recibidas por el canal de denuncias interno, emitir un dictamen con la opinión legal y sugerencia de sanción en los procedimientos de investigaciones internas, elaborar el contenido de los documentos de prevención y políticas para áreas específicas de riesgos (por ejemplo, los protocolos de hospitalidad, los protocolos de protección de datos personales, los protocolos de uso del canal de denuncias interno, los protocolos de reglas para las investigaciones internas, entre otros).

En el caso (ii), al tratarse de una empresa que ha adoptado algunas medidas de cumplimiento normativo que resultan *ex ante* insuficientes, cabe entender que se trata de una organización que cuenta con algún personal a cargo de cumplimiento normativo, aunque claramente se trate de personal no especializado o con experiencia insuficiente. En estos casos, la asesoría legal externa puede asumir un rol más activo y con carácter de permanencia. Así, es posible que se requiera sus servicios para formar parte del equipo multidisciplinario que esté a cargo de revisar y rediseñar el perfil de riesgos de la empresa o para asistir en la adecuación de los elementos del modelo de prevención existentes a los requisitos que establecen los lineamientos de la SMV. Cabe indicar que la labor de corrección de fallas en el ámbito legal que podría encomendarse al asesor legal externo en ningún caso sustituye el rol que el órgano de cumplimiento de la empresa y, en especial, la alta dirección tiene atribuido.

En el caso (iii), el asunto es más complejo, ya que nos encontramos frente a una empresa que no ha adoptado medidas de cumplimiento normativo, muy posiblemente debido a la falta de cultura de cumplimiento. La adopción de modelos

cosméticos de prevención no sería más que la confirmación de tal ausencia. En ese sentido, cualquier intervención del asesor legal externo podría producirse en una situación de riesgo. Al respecto, cabría entender que existe una asesoría legal legítima, neutra en sentido de imputación objetiva, únicamente cuando la alta dirección de la empresa muestre una disposición evidente a revisar la gestión empresarial, corregir errores estructurales y adoptar mejores prácticas en materia de cumplimiento normativo. La evidencia de dicha disposición podría mostrarse, por lo menos, de dos formas. Por un lado, a través del compromiso de la alta dirección de someterse a las nuevas reglas de conducta que la asesoría legal recomienda. Por otro lado, a través del compromiso de inversión con reflejo financiero que la adopción de las nuevas políticas de cumplimiento normativo conlleve.

En el caso (iv), al tratarse de una empresa en la que se lleva a cabo una organización del trabajo con fines delictivos, no queda lugar para la asesoría legal. Cabría entender que cualquier intervención del asesor legal debiera ser analizada a partir de los principios de la participación punible.

Finalmente, si bien no es materia del presente estudio, resulta necesario mencionar algunas pautas sobre los posibles escenarios de responsabilidad penal del asesor legal cuando no cumple adecuadamente su rol de asesoramiento en materia de cumplimiento normativo. En ese sentido, coincido con quienes plantean que la imputación penal del asesor legal puede ser abordada desde una perspectiva bifronte, tanto desde el punto de vista de su repercusión sobre la exclusión o atenuación de la responsabilidad penal del asesorado que pudiera alegar un error de tipo o un error de prohibición como desde la perspectiva de la fundamentación de la propia responsabilidad del asesor legal (Rodríguez Estévez, 2010, p. 1). Un estudio interesante sobre la materia es el efectuado por Luzón Peña (2011), quien sostiene que es necesario distinguir los casos de actuaciones perjudiciales para el cliente de los casos de actuaciones favorables al cliente. En el primer grupo de casos, el autor diferencia los supuestos de figuras delictivas específicas, que incluyen la comisión de conductas delictivas genéricas contra bienes jurídicos o intereses de sus clientes (por ejemplo, estafa en agravio del cliente), la comisión de delitos especiales (por ejemplo, violación del secreto profesional) y la realización de actos de obstrucción de la justicia; de los casos de asesoramiento que induce a error al cliente, en los que la atención se centra en la responsabilidad civil del abogado frente al cliente, además de la responsabilidad profesional ante el colegio de profesionales correspondiente. En el segundo grupo de casos, se distinguen los supuestos de asesoramiento y favorecimiento activo de la conducta delictiva del cliente, y las omisiones respecto de la conducta delictiva del cliente (*ibid.*, pp. 46-68).

Este último grupo de casos es el que suscita más debate en torno a la responsabilidad penal del asesor legal, sea en temas de cumplimiento normativo o de otra naturaleza. Al respecto, cabe indicar que pueden ser aplicables los criterios de imputación objetiva de la teoría del delito y, específicamente, la teoría de la prohibición de regreso frente a conductas neutras. En ese sentido, la asesoría legal consistiría en la realización de comportamientos socialmente adecuados, que no

pueden dar lugar a una imputación objetiva. Es más, algunos autores sostienen, siguiendo el criterio de los ámbitos de responsabilidad, que “las personas no requieren representarse las distintas posibilidades de comportamiento ilícito de terceros derivados de su actuación” y que, “para afirmar una organización conjunta no basta que se realice una aportación (dolosa) al hecho, sino que es necesario que ese aporte tenga el sentido objetivo de alcanzar consecuencias delictivas” (García Cavero, 2007, pp. 374-374).

En el caso concreto de la asesoría legal, siguiendo a un buen sector de la doctrina, podemos distinguir, por lo menos, cinco supuestos distintos. Los tres primeros no aportan dudas acerca de su neutralidad. Se trata de los casos en los que el asesor proporciona información neutra sobre el derecho que pudiera incorporarse a los documentos del modelo de prevención (por ejemplo, sobre lo prohibido, las sanciones); el asesor proporciona información neutra sobre la dimensión fáctica de la persecución de comportamientos ilícitos y la aplicación del derecho a aquellos (esto es, elabora juicios de subsunción), y el asesor proporciona información fáctica sobre las diversas alternativas de actuación de hecho (por ejemplo, en torno a la implementación de estrategias de prevención del delito). Sin embargo, resultan más difíciles aquellos casos en los que el asesor proporciona consejo sobre acciones a tomar en el marco de la ejecución del modelo de prevención de delitos o cuando el asesor realiza otras actividades al margen del asesoramiento en sentido estricto (por ejemplo, realiza transferencias de dinero o forma parte de tribunales disciplinarios de la empresa). En estos casos surge la duda planteada por Corcoy Bidasolo (2016) en el sentido de “si es posible afirmar que en la actividad económica existen conductas objetivamente neutrales con independencia del conocimiento que tenga el profesional sobre las circunstancias en que está actuando” (p. 86).

## 5. Conclusiones

Debo reafirmar que nuestra sociedad es cada vez más consciente, en general, de que la prevención es más adecuada que la intervención cuando ya se ha producido el resultado lesivo (Corcoy Bidasolo, 2017, p. 296). Una clara manifestación de dicho cambio de actitud se encuentra en la medicina, rama del conocimiento en la que se prefiere la prevención, aun cuando en este campo es posible en muchos casos, sin prevención, lograr la curación eficaz tras la aplicación de un tratamiento. Si en la medicina, donde la evitación del resultado lesivo es posible en un gran número de casos, se prefiere la prevención, con mayor razón debería preferirse esta última en aquellas ramas del conocimiento, como el derecho penal y el cumplimiento normativo, en los que no es posible evitar el resultado o, al menos, no a través de su medio más convencional: la pena privativa de la libertad (Sánchez-Málaga, 2021, p. 412).

¿Qué puede hacer entonces el Estado, además de castigar, para incentivar en las empresas la adopción de medidas de prevención de riesgos penales? Parece que la adopción de un modelo de autorregulación coaccionada, como el que plantea la Ley N.º 30424, es el primer paso en buen número de países de nuestro entorno. Sin embargo, creo que la regulación estatal es insuficiente (International

Compliance Association [ICA], 2016, pp. 3-16). Además de establecer mejoras en la regulación sobre elementos mínimos del modelo de prevención, así como verificar la adecuada implementación de los Lineamientos de la SMV, resulta necesario crear, desde el Estado, mayores incentivos para que las empresas adopten modelos de prevención de riesgos penales, más allá de la incorporación de un mandato ético dirigido al cumplimiento normativo. Son los incentivos económicos los que podrían tener un mejor resultado y sobre los que deberíamos trabajar.





## REFERENCIAS

- Artaza Varela, O. (2014). Programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico-penal. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 231-271). B de F.
- Coca Vila, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?. En J. M. Silva Sánchez (Dir.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-76). Atelier.
- Congreso del Perú (2019). *Exposición de motivos de la Ley N.º 30424., "Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas"* [Archivo PDF].
- Corcoy Bidasolo, M. (2016). Imputación objetiva. Riesgo permitido. Conductas neutrales. En M. Corcoy Bidasolo y Gómez Martín (Dirs.), *Manual de Derecho Penal Económico y de empresa. Parte General y Parte Especial*. Tomo 2 (pp. 75-87). Tirant lo Blanch.
- Corcoy Bidasolo, M. (2017). Prevención limitada vs. neo retribucionismo. En J.M. Silva Sánchez, J. J. Queralt Jiménez, M. Corcoy Bidasolo, M. T. Castiñeira Palou (Coords.), *Estudios de Derecho Penal: Homenaje al profesor Santiago Mir Puig* (pp. 285-297). B de F.
- García Cavero, P. (2007). *Derecho Penal Económico. Parte General* (2ª ed.). Grijley.
- Gómez-Jara, C. (2018). *Compliance y responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú: Directrices para su interpretación*. Instituto Pacífico.
- Gómez Martín, V. (2014). Compliance y derechos de los trabajadores. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 421-458). B de F.
- Hobbes, T. (2006). *Leviatán. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil* (2ª ed. en español, 14ª reimp.). Fondo de Cultura Económica.
- International Compliance Association (ICA) (2016). *Course Manual* (4ª ed). International Compliance Training Ltd.
- Juanes Peces, Á. (2017). *Memento Experto. Compliance Penal*. Francis Lefebvre.
- Kant, I. (2004). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (16ª ed.). Espasa Calpe S.A.

- Lascuraín, J. (2014). Salvar al Oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento). En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 301-336). B de F.
- Luzón Peña, D. M. (2011). Responsabilidad penal del asesor jurídico. *Revista de Derecho*, (15), 45-72. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5973534>
- Martín Fernández, J. y Santana Lorenzo, M. (2018). *La prevención de los delitos contra la Hacienda Pública y el blanqueo de capitales a través del compliance: Aspectos prácticos*. Aranzadi.
- Ministerio de Economía y Finanzas (MEF). (2021). *Lineamientos para la Implementación y Funcionamiento del Modelo de Prevención, aprobada por Resolución SMV N.º 006-2021-SMV/01*.
- Montiel, J. P. (2014). ¿Existen las Obliegenheiten en el Derecho Penal? *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, (4), 1-29. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4873318>
- Nieto Martín, A. (2015). *Manual de cumplimiento penal en la empresa*. Tirant lo Blanch.
- Pawlik, M. (2016). *Ciudadanía y derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades*. Atelier.
- Ragués i Vallès, R. (2014). El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: whistleblowing interno vs. whistleblowing externo. En S. Mir Puig, M. Corcoy Bidasolo, y V. Gómez Martín (Dirs.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 459-485). B de F.
- Robles Planas, R. (2009). El “hecho propio” de las personas jurídicas y el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código Penal de 2008. *InDret Penal*, (2), pp. 1-12.
- Rodríguez Estévez, J. M. (2010). *Responsabilidad penal del asesor de empresa*. Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico.
- Sánchez-Málaga, A. (2018). Compliance: ¿autorregulación o deber? *Revista Iberoamericana de Derecho Penal y Criminología*, (1). <https://ar.lejister.com/mobile/pop.php?option=articulo&Hash=38a82ac842c706071fc4d-d1a038eaaad7>
- Sánchez-Málaga, A. (2021). Neo retribucionismo en el contexto de una pandemia. En *Derecho y Medicina. Una perspectiva legal sobre la salud* (pp. 411-425). Themis Editorial Jurídica.

- Sánchez-Málaga, A. (2022). Prevención de riesgos y dinámica empresarial: apuntes acerca de los modelos de prevención de la corrupción. En R., Chanjan e Y., Montoya (Dirs.), *Sistema Penal y Corrupción* (pp. 43-59). Ius et Veritas.
- Sánchez-Ostiz, P. (2017). Imputación e incumbencias en Derecho penal. *Política criminal*, 12(24), 1211-1227. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000201211>
- Silva Sánchez, J. M. y Ortiz de Urbina, I. (2020). Introducción al Derecho penal económico-empresarial. En J. M., Silva Sánchez y R. Robles (Dir.), *Lecciones de Derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial* (pp. 27-46). Atelier.
- Superintendencia del Mercado de Valores (2021). Lineamientos para el Modelo de Prevención.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2013). Programa anticorrupción de ética y cumplimiento para las empresas: Guía práctica.

### **Anexo de legislación**

- Constitución Política del Perú [Const.]. Artículo 1. 29 de diciembre de 1993 (Perú).
- Decreto Legislativo N.º 231/2001. Responsabilità amministrativa delle società e degli enti (Responsabilidad administrativa de empresas y entidades). 8 de junio de 2021.
- Decreto Supremo N.º 002-2019-JUS. Reglamento de la Ley N.º 30424, Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas. 9 de enero de 2019.
- Ley N.º 27693. Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú. 12 de abril de 2002.
- Ley N.º 30424. Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. 21 de abril de 2016.
- Ley N.º 31740. Ley que modifica la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, para fortalecer la normativa anticorrupción referida a las personas jurídicas y promover el buen gobierno corporativo. 13 de mayo de 2023.