

LA PERTINENCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (COMPLIANCE). ¿LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PUEDEN SER ÚTILES PARA EVITAR LA SANCIÓN DE DELITOS DE COHECHO COMETIDOS POR PERSONAS JURÍDICAS EN EL PERÚ?

The relevance of Compliance programs: can Compliance programs be useful in avoiding sanctions for bribery offenses committed by legal entities in Peru?

JEAN FRANCO REYES VARGAS MACHUCA*

Recibido: 10.DIC.2024

Aprobado: 09.ENE.2025

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Empresa y corrupción. 2.1. Concepto de gran corrupción. 2.2. Ejemplos de cohechos corporativos empresariales. 3. Cohecho e intervención de la empresa. 3.1. Tipicidad del cohecho. 3.1.1. Comportamientos delictivos. 3.1.2. Objetos corruptores. 3.1.3. Bien jurídico tutelado. 3.1.4. Tipicidad subjetiva. 3.2. Modelos de responsabilidad de la persona jurídica. 3.2.1. El modelo de responsabilidad adoptado por el legislador peruano. 4. Los programas de cumplimiento (*Compliance*). 4.1. Origen, evolución histórica y definición. 4.2. Elementos comunes a los programas de cumplimiento. 4.2.1. La identificación, evaluación y mitigación de riesgos. 4.2.2. La implementación de un procedimiento de denuncia. 4.2.3. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención. 4.2.4. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención. 4.2.5. Incentivos y medidas disciplinarias. 5. El *Compliance* como herramienta

* Estudiante del 12° ciclo de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Ex miembro de la Asociación Civil Themis. Correo: jean.reyesv@pucp.edu.pe. Agradecimientos al Dr. Erick Guimaray Mori, mi estimado profesor, por sus valiosos aportes sobre el *compliance* y la teoría del delito y a Shiármely Meléndez Flores por motivarme constantemente en la búsqueda de la excelencia académica.

para evitar la sanción de delitos en el Perú. **5.1.** El Compliance en el análisis de la teoría del delito dentro del proceso penal. **5.2.** Ejemplos de la utilidad del *Compliance* en el plano material. **6.** Conclusiones. Bibliografía.

RESUMEN: Los programas de cumplimiento (compliance) constituyen una herramienta clave para la prevención y sanción de delitos de corrupción, especialmente el cohecho, en el ámbito empresarial peruano. Este artículo examina la relación directa entre los programas de compliance y su capacidad para prevenir la comisión de delitos por parte de personas jurídicas, analizando su aplicación práctica, normatividad vigente y su impacto en la responsabilidad penal de las empresas. Asimismo, se expone cómo la adopción adecuada de políticas de cumplimiento y la implementación de canales de denuncia internos permiten a las empresas mitigar riesgos legales y promover una cultura ética. Finalmente, se presenta una revisión crítica de la efectividad de estos programas en el contexto peruano, con énfasis en su papel como mecanismo de autorregulación y prevención frente al delito de cohecho.

PALABRAS CLAVE: programas de cumplimiento, prevención de delitos, responsabilidad penal, cohecho.

TITLE: The relevance of Compliance programs: can Compliance programs be useful in avoiding sanctions for bribery offenses committed by legal entities in Peru?

ABSTRACT: Compliance programs constitute a key tool for the prevention and sanction of corruption offenses, particularly bribery, in the Peruvian corporate sector. This article examines the direct relationship between compliance programs and their capacity to prevent the commission of crimes by legal entities, analyzing their practical application, current regulations, and their impact on corporate criminal liability. Furthermore, it discusses how the proper adoption of compliance policies and the implementation of internal reporting channels allow companies to mitigate legal risks and promote an ethical culture. Finally, it provides a critical review of the effectiveness of these programs in the Peruvian context, emphasizing their role as a mechanism of self-regulation and prevention against bribery offenses.

KEYWORDS: compliance programs, crime prevention, corporate criminal liability, bribery.

1. INTRODUCCIÓN

El Perú como tantos países en Latinoamérica viene siendo víctima del flagelo de la corrupción. De hecho, la historia de la corrupción en el Perú data desde los inicios de la República. Basta remontarse brevemente al fracaso de las reformas coloniales entre 1750 y 1820. El punto neurálgico del Imperio español en América era la producción de plata. Según Quiroz (2013), “Los comerciantes de Lima eran los

principales beneficiarios del contrabando, sobornando a los oficiales de aduana y a los jueces del Tribunal del Consulado, institución encargada de la justicia comercial y de resolver los casos del gremio mercantil limeño” (p. 93). El contrabando promovió la corrupción pública y privada durante el virreinato peruano.

Luego, hay que remontarse al escándalo del contrabando que se dio en 1968 durante el gobierno de Belaúnde. Quiroz (2013) señala que “una comisión multipartidaria del Congreso, encabezada por el diputado aprista Vargas Haya, fue formada para investigar el contrabando que implicaba a funcionarios del gobierno, a empresarios civiles y a la policía aduanera” (p. 391). Finalmente, durante la década de los 90, se conformaron redes de corrupción vinculadas con el sector privado. Quiroz (2013) menciona que “importantes cabildeos o lobbies económicos prestaron reiteradamente su respaldo a un régimen que prometía conservar un ambiente de negocios exageradamente desregulado y parcial para algunos grandes intereses” (p. 483).

Según Quiroz (2013):

Al principio, la liberalización económica parecía beneficiosa, pero llevó a la colusión entre autoridades e intereses privados en sectores liberalizados. Un ejemplo es el grupo económico Romero, que dominaba varios sectores, incluida la banca, con el Banco de Crédito del Perú (BCP) al frente. Su líder, Dionisio Romero, sostuvo reuniones secretas con Montesinos para apoyar la reelección de Fujimori (p. 485).

La participación de la empresa, que paradójicamente es el motor de la economía y una plataforma de progreso tecnológico, hoy en día está expuesta al riesgo de participar en los actos corruptivos. Es por ello que, el presente trabajo, explorará en el primer capítulo el papel de la empresa en la gran corrupción; en el segundo capítulo, me referiré a la tipicidad del cohecho, paradigma de la corrupción, y los modelos de responsabilidad de la empresa; en el tercer capítulo, explicaré la figura del compliance; y, finalmente, en el cuarto capítulo, desarrollaré la pertinencia del compliance para prevenir la intervención de la empresa en el cohecho.

2. EMPRESA Y CORRUPCIÓN

2.1. Concepto de gran corrupción

La idea central es que la empresa juega un rol fundamental en los casos de gran corrupción. Esto se debe a que, en el desenvolvimiento de las actividades empresariales, siempre existe el riesgo de que la persona jurídica pueda ser utilizada para cometer delitos, como el cohecho.

Para entender cómo es la participación de la empresa en los delitos de corrupción, primero debemos definir qué se entiende por gran corrupción. Al revisar la doctrina especializada, podemos encontrar que el asunto es polémico. En efecto, “corrupción” es un término polisémico, cuyo significado dependerá en gran medida de las posturas que adopten los diversos autores y del contexto en el que se utilice. La corrupción puede manifestarse de diversas formas y en distintos ámbitos, como el político, público o empresarial.

La corrupción ocurre cuando los individuos buscan obtener un beneficio irregular, no autorizado por las instituciones en las que participan o prestan servicio. Este beneficio puede ser económico, político o social, y no necesariamente debe ser inmediato, ya que un corruptor astuto puede posponer su ganancia para el futuro (Malem, 2017, p. 43).

Se debe añadir a esta definición la violación de un deber institucional por parte del agente corruptor y la relación de causalidad entre la violación del deber y la esperanza de lograr el beneficio. Un ejemplo ilustrativo sobre la gran corrupción (pública) puede ser el siguiente: la empresa multinacional Autopistas Modernas S.A. participa en una licitación pública lanzada por el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para la construcción de una autopista que conecta Lima con una ciudad del interior del país. Durante el proceso de evaluación de las propuestas, el representante de la empresa le ofrece 30 millones de soles al director de la comisión evaluadora del MTC a cambio de que modifique la evaluación a favor de la empresa, a lo cual accede y le otorga una mayor puntuación.

Según Soriano (2011), la corrupción se refiere al incumplimiento de normas por parte de un individuo que desempeña una función pública, con el objetivo de obtener una ventaja personal o para un grupo social o institucional (p. 388). A partir de estas definiciones, se puede inferir que hay un actor vinculado al Estado y un particular. Es lógico suponer que, si hay una práctica corrupta del funcionario, también puede haber una por parte de un privado o un empresario, sin que esto sea un impedimento para que se genere una sinergia entre ambos.

Por su parte, Guimaray (2018) sostiene que los actos de corrupción siempre implican el abuso o el uso ilegal del poder público, ya sea en forma de una estrategia compleja o un pequeño peculado. En este sentido, el concepto de gran corrupción tiene un enfoque político más que legal, ya que en el Código Penal peruano no existe un delito específico que sancione este tipo de conducta como un tipo penal autónomo (p. 66).

La corrupción puede ser abordada desde diferentes aristas, pero para los propósitos de este artículo lo que interesa es abordar la corrupción desde la mirada del

derecho penal¹. La maleabilidad del concepto de corrupción permite reconocer algunos elementos comunes en tipos penales disímiles; por ejemplo, el tipo penal de colusión no forma parte de la Sección IV del CP denominada corrupción de funcionarios; sin embargo, dicha conducta es vital en las investigaciones y juzgamientos que componen uno de los casos de corrupción más graves de la realidad política peruana (Guimaray, 2019, p. 16).

Hava (2016) considera que la gran corrupción se caracteriza por los siguientes factores:

- a. Involucra enormes sumas de dinero (factor económico).
- b. Es ejecutada, auspiciada, dirigida o tolerada por personas con altas cuotas de poder en o sobre el gobierno (factor político).
- c. No constituye comportamientos aislados, sino un conjunto de actos planificados que se insertan en el propio funcionamiento del país o región afectada (factor sistémico).
- d. El perjuicio causado no es solo económico, sino que afecta también a los derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de los ciudadanos (factor social).
- e. La relación de los corruptos con las altas esferas de poder y el carácter planificado de sus actos les permiten eludir la acción de la justicia, ya sea impidiendo coactivamente su actuación o premiando su tolerancia (factor impunidad). (Hava, 2016, p. 65)

Hasta ahora, vemos que los autores coinciden en la participación de estas cúpulas del poder económico, conformadas por empresarios que dirigen empresas o que utilizan estas como instrumentos para corromper al aparato estatal. Complementando esta idea, Terradillos (2017) "El poder político tiene un paralelo económico en la gran corrupción, ya que los actores dominantes del mercado, gracias a sus recursos y estructura empresarial, pueden actuar como socios estratégicos sin ser detectados" (p. 4).

Ahora bien, normativamente hablando tenemos algunos instrumentos que definen las conductas que se constituyen como actos de corrupción, como la Con-

1 El cohecho encabeza el grupo de infracciones delictivas comúnmente denominadas de corrupción encaminadas a la obtención de un beneficio habitualmente económico y enmarcadas en torno a la instrumentalización del cargo con fines ajenos a los públicos; y el tráfico de influencias complementa a los delitos de cohecho (De la Mata, 2016, p. 8).

vención Interamericana contra la Corrupción² o la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³, cuyos artículos comulgan en que el acto de corrupción por antonomasia es el soborno de funcionarios – en conjunción con un privado - con el fin de obtener beneficios, favores, promesas o ventajas para sí o para terceros a cambio de la realización u omisión de sus funciones. Sin perjuicio de ello, incluyen también otros hechos punibles como malversación de fondos, peculado y enriquecimiento ilícito.

En el ordenamiento jurídico peruano, el artículo 397° del Código Penal regula el cohecho activo genérico:

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete a un funcionario o servidor público donativo, promesa, ventaja o beneficio para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años; inhabilitación, según corresponda, conforme

2 Artículo VI.

1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción: a. El requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para sí mismo o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- b. El ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas;
- c. La realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;
- d. El aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo

3 Art. 15.- Soborno de funcionarios públicos nacionales

Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente: a) La promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales; y, b) La solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales.

a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El que, bajo cualquier modalidad, ofrece, da o promete donativo, ventaja o beneficio para que el funcionario o servidor público realice u omita actos propios del cargo o empleo, sin faltar a su obligación, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa"* (Congreso de la República del Perú, 1991, art. 397°).

Peña Cabrera (2021) señala lo siguiente:

Así como encontramos a un contingente de funcionarios y servidores públicos que se ofertan al mejor postor, para lesionar sus obligaciones funcionales, se identifica también un contingente—nada despreciable—de particulares (empresarios, abogados, litigantes, etc.), dispuestos a ofrecer prebendas económicas a los primeros, para así salir vencedores en los litigios (p. 661).

Como se puede ver, hay una criminalización tanto de los funcionarios públicos que ofertan la función pública como de los particulares, incluyendo empresarios dueños de grandes corporaciones, quienes responden por un delito en específico. Sin embargo, no existe en el Código Penal una norma que tipifique un delito cuyo sujeto activo sea una empresa. Es decir, no hay responsabilidad penal para la empresa. En el siguiente apartado, se podrá apreciar con mayor claridad, a través de ejemplos, cómo los altos directivos de empresas se relacionan y corrompen con funcionarios.

2.2. Ejemplos de cohechos corporativos empresariales

Como el lector sabrá, Odebrecht se constituyó como un grupo económico brasileño de gran influencia en América Latina. Su reconocimiento se basaba en el rubro de la ingeniería y la construcción. Llegó a Perú en la década de 1970, en pleno proceso de internacionalización, donde realizó su primera obra fuera de Brasil: el proyecto hidroeléctrico Charcani V. A lo largo de los años, se mantuvo en el país, expandiéndose gradualmente gracias a su capacidad competitiva, sus redes de conexión y la habilidad fiscal del país para financiar proyectos de infraestructura (Durand, 2018, p. 106).

La sinergia entre el grupo Odebrecht y el gobierno peruano se consolidó de manera paulatina, en función de la estabilización económica que experimentó el país y de *conforts* que ofrecían los gobernantes de turno. Con la expansión de sus proyectos en el país, Odebrecht no solo adquirió un profundo conocimiento sobre la burocracia peruana, sino que también tejió una extensa red de influencias,

integrando a su círculo a actores clave como políticos, legisladores, empresarios, medios de comunicación, especialistas en diversas áreas, abogados y organizaciones del sector civil, como las ONG y fundaciones (Durand, 2018, p. 108). La empresa entendió la idiosincrasia local de esperar o pedir comisiones para adjudicar la buena pro de las obras, acelerar los proyectos y prescindir de los procedimientos administrativos de fiscalización.

Uno de los casos de soborno fue el del expresidente Alejandro Toledo. La fiscalía le imputaba que, valiéndose de su condición de presidente de la República, defraudó al Estado peruano, conectándose con Marcos de Moura, representante de Intersur Concesiones S.A., para favorecer a dicha empresa en la adjudicación del Proyecto Corredor Vial Interoceánico Sur Perú–Brasil, tramo 4. Se convino en que se realizaría una transferencia de US\$ 5 411 207 a las cuentas del grupo empresarial de Josef Maiman (Segunda Sala Penal de Apelaciones, Resolución N° 12 del Exp. N° 00141-2017-11-5001-JR-PE-01, f. 3.1).

Durante el segundo gobierno de Alan García (2006-2010), también se iniciaron investigaciones por presuntos actos de corrupción en el caso Metro de Lima – Línea 1. Esta investigación abordó el presunto acuerdo ilícito entre el ex viceministro de Comunicaciones Jorge Cuba y ejecutivos de la empresa Odebrecht, con el fin de que esta obtuviera la buena pro en las licitaciones públicas convocadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones (MTC) para la ejecución de las obras de los tramos 1 y 2. Para ello, Odebrecht habría transferido cerca de US\$ 8 100 000 en pagos ilícitos (coimas o sobornos) en favor de funcionarios peruanos (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Resolución N° 06, Exp. N° 00243-2017-36-5001-JR-PE-01, f. 4.2.1).

Todos estos casos muestran una cara de la moneda; pero en el reverso se encuentran las investigaciones al poder económico, es decir, a los empresarios que buscaban corromper al poder político para satisfacer sus intereses privados. Este es el caso de la empresa Graña y Montero S.A. (investigada por colusión) que, según el Ministerio Público, habría cedido utilidades por la suma de US\$ 6 219 627.15 a favor de la brasileña Constructora Norberto Odebrecht S.A. y Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. por concepto de riesgos adicionales, los cuales no habrían sido debidamente provisionados al cierre de cada ejercicio, lo que da indicios de pagos ilícitos (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional, Resolución N° 09, Exp. N° 00016-2017-92-5001-JR-PE-01, punto 3.1.5).

Un caso más reciente y que aún se encuentra en curso mientras se escribe este artículo es el del “Club de la Construcción”. En dicho proceso, se le imputa a Martín Vizcarra la presunta comisión del delito de cohecho pasivo impropio, debido a que, en su calidad de presidente del Gobierno Regional de Moquegua, solicitó a Elard Paul Tejada Moscoso, gerente comercial de Obrainsa, un donativo indebido

correspondiente al 2 % de la obra Lomas de Ilo, que ascendía a la suma de S/ 1 000 000 (Exp. 00033-202-5-5002-JR-PE-01, Res. N.º 04, f. 2.3).

Algunos autores de la doctrina han desarrollado una teoría para explicar este fenómeno sinérgico entre actores privados y públicos: la teoría de la captura del Estado. Esta fue introducida en la teoría económica moderna por George J. Stigler, quien plantea que ciertos sectores industriales pueden aprovechar el poder del Estado o la autoridad pública para obtener beneficios económicos particulares (Boehm, 2005, p. 247). Se entiende que la captura del Estado implica la injerencia de actores con gran poder adquisitivo en el aparato burocrático, influyendo en la toma de decisiones de manera que estas resulten provechosas para sus intereses, afectando así a varios sectores de la población.

En síntesis, existe un delito que sanciona a los particulares que corrompen a funcionarios. Sin embargo, también se observa que grandes empresas, como Intersur Concesiones S.A., Graña y Montero S.A., Norberto Odebrecht S.A., Odebrecht Perú Ingeniería y Construcción S.A.C. y Obrainsa, entre muchas otras, han sido utilizadas por el poder económico—específicamente por empresarios—para corromper a funcionarios y satisfacer intereses particulares. Si bien los empresarios pueden ser condenados, las empresas pueden reorganizarse mediante transformación, fusión, escisión u otras formas de reestructuración. De este modo, asumirán responsabilidad administrativa, pero no penal, lo que no impide que los demás socios constituyan una nueva sociedad o busquen estrategias empresariales para mantenerse o volver al mercado.

3. COHECHO E INTERVENCIÓN DE LA EMPRESA

Ya se han presentado algunos ejemplos al lector sobre cómo las grandes empresas participan de los delitos de corrupción de funcionarios y cómo, al parecer, uno de los tipos delictivos en los que más incurren es el delito de cohecho, pero en términos jurídicos ¿qué es el delito de cohecho?

3.1. Tipicidad del cohecho

El cohecho es una forma particular de corrupción, en la que funcionarios públicos actúan de manera que afectan o ponen en peligro el adecuado funcionamiento de la Administración Pública y la imparcialidad en sus decisiones (Peña Cabrera, 2021, p. 545).

La corrupción es más amplia al abarcar otros ámbitos, incluso el plano ético o moral como convencer a alguien de engañar a su pareja, no es delito, pero el corruptor lleva por mal camino a su amigo y es reprochable moralmente.

Para los efectos de este artículo el enfoque estará en el cohecho pasivo propio, regulado en el artículo 393° del código penal⁴. Este delito involucra al funcionario público (intraneus), quien, a cambio de ventajas, compromete su actuación y viola los principios de la Administración Pública en el marco del Estado constitucional de derecho (Peña Cabrera, 2021, p. 580).

Según Salinas (2014):

Se describe entendiéndolo como la aceptación hecha por un funcionario público, para sí o para un tercero, de una retribución no debida, dada o prometida para omitir o retardar un acto de su cargo, debiendo existir una relación de finalidad entre la aceptación del dinero y el acto que se espera que ejecute, omita o retarde el funcionario (p. 424).

Por lo tanto, el sujeto activo del delito debe soslayar un acto propio de su cargo, funciones o competencias. También es importante recalcar que la sola manifestación de voluntades basta para la configuración del delito; no se requiere que se concrete el pago, la promesa ni el acto indebido.

Por definición, el cohecho pasivo se configura a través de un acuerdo, ya sea expreso o tácito, en el que un tercero plantea una oferta y el funcionario o servidor público la acepta. Esta característica lo distingue de la concusión, en la que la dinámica se invierte, pues es el propio funcionario quien exige o coacciona al tercero

4 **Artículo 393. Cohecho pasivo propio***

El funcionario o servidor público que acepte o reciba donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que las acepta a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El funcionario o servidor público que solicita, directa o indirectamente, donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o a consecuencia de haber faltado a ellas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

El funcionario o servidor público que condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega o promesa de donativo o ventaja, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

para que entregue o prometa un beneficio patrimonial, generalmente bajo un contexto de intimidación o abuso de autoridad (Reátegui, 2015, p. 619).

3.1.1. Comportamientos delictivos

Una primera modalidad se produce cuando “El agente, siempre funcionario o servidor público, acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación a los deberes normales que desempeña” (Salinas, 2014, p. 427).

Así pues, el verbo rector en este caso es “aceptar”, lo que implica admitir, acceder, tolerar, tomar o recoger un donativo, promesa, ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus funciones, las cuales están previstas en leyes, normas administrativas o reglamentos que regulan los actos competenciales.

La segunda modalidad, es decir, “recibir”, implica una efectiva dación, traspaso o entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio. “Aceptar, en cambio, implica un pacto, cerrar trato, con alguna expectativa de recepción de algún medio corruptor, sea en forma verbal o por escrito, en forma explícita o implícita” (Reátegui, 2015, p. 618).

En esta línea, la conducta se perfecciona con el simple hecho de percibir o recibir por parte del agente el donativo o cualquier otra ventaja o beneficio con la finalidad de realizar un acto en violación a sus deberes (Salinas, 2014, p. 429).

Por lo tanto, el delito se consuma independientemente de si el funcionario, a pesar de haber recibido lo prometido u ofrecido, no ejecuta el acto que lesiona a la Administración Pública.

Un tercer supuesto delictivo se produce cuando el agente acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio (en adelante, medios corruptores) con la finalidad de omitir o abstenerse de realizar un acto en violación a los deberes normales que desempeña en el interior de la Administración Pública. En ese supuesto, el verbo rector es aceptar, que se entiende como admitir, tolerar, querer, consentir o adoptar algo (Salinas, 2014, p. 430).

La cuarta modalidad se configura cuando el sujeto activo recibe un donativo o cualquier ventaja o beneficio para prescindir u omitir un acto en violación de los deberes normales que desarrolla en el interior de la Administración Pública:

De igual manera, no es necesario que el funcionario efectivamente reciba lo prometido u ofrecido ni que deje de cumplir sus funciones para que el delito se configure; basta con que acepte o se apropie de alguno de los medios corruptores (Salinas, 2014, p. 430)

La quinta modalidad consiste en que el agente acepta el medio corruptor luego de haber vulnerado los deberes normales que desempeña. Se da cuando el agente, antes de aceptar un donativo, promesa o ventaja, ya ha cometido un acto que viola sus deberes u obligaciones habituales (Salinas, 2014, p. 432).

La sexta modalidad ocurre cuando el agente solicita directa o indirectamente un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus obligaciones funcionales. De manera más específica, Reátegui (2015) define el verbo “solicitar” como el acto de pretender, pedir o buscar algo con esmero y atención, o de pedirlo de un modo cortés (p. 621).

Esta modalidad constituye una circunstancia agravante debido al mayor desvalor de la acción. En efecto, las conductas en las que el funcionario peticiona son más reprochables jurídicamente que el solo hecho de recibir o aceptar un medio corruptor.

En efecto, los verbos “recibir” y “aceptar” pueden ser realizados por persona interpuesta, pero la solicitud es una actitud personal. Pueden darse ciertas actividades facilitadoras del funcionario antes de la propuesta corruptora por parte del cohechante activo. Según la doctrina argentina, estas actividades facilitadoras son conocidas como “el puente de plata”. Este concepto abarca las insinuaciones, sugerencias encubiertas, silencios y gestos del funcionario para que el particular realice la oferta corrupta (Reátegui, 2015, p. 623).

En síntesis, estos son actos previos del funcionario cuyo objetivo es inducir a la otra parte a iniciar la ejecución del cohecho activo. La normativa peruana sanciona la solicitud corrupta sin importar si se realiza de manera directa o indirecta, explícita o implícitamente.

El delito se configura cuando el funcionario, de forma directa (el agente mismo) o indirecta (por intermedio de otra persona), pide, procura, gestiona, solicita o requiere la entrega de un donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar un acto en violación de sus deberes (Salinas, 2014, p. 432)

La séptima modalidad ocurre cuando el agente, de forma directa o indirecta, solicita a otra persona un medio corruptor con el fin de omitir un acto al que está obligado, violando así sus obligaciones funcionales.

La octava modalidad se presenta cuando el agente, de manera directa o indirecta, solicita el medio corruptor como consecuencia de haber faltado previamente a sus obligaciones. Es decir, en este supuesto, el agente gestiona la entrega de los medios delictivos porque ya ha transgredido sus deberes.

La novena modalidad se configura cuando el agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la entrega de un donativo o ventaja. En este caso, el agente pide al tercero que le proporcione un donativo o ventaja a cambio de realizar u omitir sus deberes dentro de la Administración (Salinas, 2014, p. 436).

En este escenario, el agente asegura al tercero que, si le entrega lo solicitado, realizará el acto funcional a su favor; de lo contrario, ejecutará el acto en su perjuicio.

Finalmente, el agente condiciona su conducta funcional derivada del cargo o empleo a la promesa de un donativo o ventaja. Aquí el agente solicita al tercero que le haga la seria promesa de que le entregará un donativo o cualquier otra ventaja a cambio de que realice u omita sus deberes (Salinas, 2014, p. 437).

3.1.2. Objetos corruptores

Como se viene mencionando, el primer medio corruptor es el donativo. Este “es aquel bien dado o prometido a cambio de actos u omisiones del funcionario, no siendo debido legalmente” (Salinas, 2014, p. 439). Donativo, dádiva o presente son sinónimos y representan el mismo concepto que es obsequio. Este regalo debe tener la aptitud para poder motivar la voluntad y los actos del agente hacia una conducta deseada. Este donativo debe tener naturaleza corpórea y ser apreciable en dinero: bienes inmuebles, muebles, dinero, joyas, etc. A su vez, Reátegui (2015) lo describe como el acto voluntario de una persona que transfiere sin costo un bien de su propiedad a otra, quien lo recibe y acepta (p. 619).

Luego está la promesa, entendida como:

“El ofrecimiento hecho al agente de efectuar la entrega de un donativo o ventaja debidamente identificada en un futuro mediano o inmediato. Se exige que la promesa tenga las características de seriedad y sea posible material y jurídicamente” (Salinas, 2014, p. 439)

Como ya se mencionó, el cumplimiento de la promesa no es un requisito para la configuración del cohecho. La consumación del delito se produce con la simple acreditación de la promesa.

Finalmente, está la ventaja o beneficio, que es:

“Un mecanismo subsidiario y complementario, que cubre todo lo que no sea susceptible de ser considerado donativo o presente. Es cualquier privilegio o beneficio que solicita o acepta el agente con la finalidad de quebrantar sus deberes: empleos, ascensos, cátedras universitarias, premios, viajes, becas, descuentos inusuales, favores laborales, favores sexuales, etc.” (Salinas, 2014, p. 440)

En la doctrina se ha debatido si un favor sexual o sentimental⁵ puede ser considerado como un beneficio que se concede al funcionario a cambio de que ejecute un acto contrario a sus obligaciones o propio de su cargo. Un sector de la doctrina sostiene que la dádiva o ventaja sólo puede tener contenido patrimonial. Sin embargo, Mientras que existen otras que postulan que, dada la amplia gama de ventajas señaladas por la norma penal (beneficio, ventaja, donativo, promesa), estas pueden ser de cualquier índole (Montoya, 2015, p. 103)

3.1.3. Bien jurídico tutelado

Montoya (2015) señala que, en la doctrina, parece haber consenso en que:

El bien jurídico específico protegido por el cohecho pasivo propio es la imparcialidad en el ejercicio de la función pública. Es decir, la imparcialidad, como requisito insoslayable y fundamental para la operatividad de la administración pública, implica el deber de los poderes públicos de obrar con neutralidad y objetividad para satisfacer el interés general y no los privados. (p. 97)

3.1.4. Sujetos

El delito de cohecho pasivo propio es un delito especial. Es decir, solo puede ser cometido por una persona que tenga la condición o cualidad de funcionario o servidor público; los particulares no pueden ser autores de este delito. En ese sentido,

El funcionario debe tener competencia para realizar u omitir el acto funcional al que se compromete; si no tiene competencia y simplemente, por ejemplo, interviene para hacer que otro funcionario lleve a cabo la conducta punible, aquel no será investigado y procesado por cohecho pasivo propio, sino por el delito de tráfico de influencias (Salinas, 2014, p. 442)

El sujeto pasivo del delito de cohecho es el Estado. Sin embargo, cuando el directamente perjudicado es una entidad estatal, solo esta se constituirá en sujeto pasivo, excluyéndose al Estado (Salinas, 2014, p. 443).

5 Los tipos penales de cohecho sí permiten incluir dentro del concepto de ventaja o beneficio los favores sexuales que no tienen contenido patrimonial o económico. Y esta es una directriz establecida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC): “Para la aplicación de la presente Convención, a menos que contenga una disposición en contrario, no será necesario que los delitos enunciados en ella produzcan daño o perjuicio patrimonial al Estado”.

3.1.5. Tipicidad subjetiva

De la redacción del texto normativo se infiere que todas las modalidades del artículo 393° del Código Penal son de comisión dolosa. No es posible que se cometa un cohecho por negligencia o culpa del funcionario. El dolo en el funcionario se configura cuando conoce perfectamente que está actuando o prescindiendo de un acto solemne al que está obligado (Salinas, 2014, p. 444). Tiene conocimiento de su proceder ilegal, pero voluntariamente continúa.

3.2. Modelos de responsabilidad de la persona jurídica

El debate sobre la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica no ha sido armonioso. En los siguientes párrafos, se explorarán de manera sucinta los modelos de responsabilidad de la persona jurídica, analizando sus fundamentos y diferencias.

Feijoo (2021) presenta un primer modelo orientado a la prevención especial, en el cual se pueden dictar sanciones dirigidas a todo tipo de organizaciones con el objetivo de prevenir la comisión de delitos.

“El fundamento de la sanción reside en una peligrosidad instrumental (probabilidad de que la entidad pueda volver a ser utilizada para cometer hechos delictivos) o una peligrosidad organizativa (la entidad presenta tales defectos estructurales que se encuentra en un estado en el que es probable que vuelva a suceder lo mismo)”. (p. 16)

A su vez, el autor señala las debilidades de estos modelos. Se puede objetar que los modelos de preventivo-especiales carecen de efecto en personas jurídicas distintas a la que sufre la sanción, descuidando de esta manera la prevención general (Feijoo, 2021, p. 19).

Es decir, se deja de lado el principio de generalidad de las normas en las organizaciones. Si una persona jurídica ha contribuido de manera trascendental a vulnerar el orden normativo, la reacción punitiva del Estado no debe limitarse únicamente a una responsabilidad individual.

Luego están los modelos preventivo-generales, cuya fundamentación es ajena a la responsabilidad por el hecho propio. Estos modelos, desarrollados en los sistemas anglosajones, sostienen que las sociedades mercantiles deberían responder penalmente de los delitos cometidos en su beneficio (Feijoo, 2021, p. 23). En otras palabras, la persona jurídica merece una pena como forma de compensación por los provechos indebidos obtenidos mediante la comisión u omisión de un delito.

Estos modelos han derivado en responsabilidades vicariales o por reflejo, bajo la premisa de que lo que hace el representante, lo hace la persona jurídica, lo que

implica que esta última responde por comisión u omisión, dolo o culpa (imprudencia, negligencia o impericia). Sin embargo, este enfoque ha sido criticado por su fundamentación endeble.

Feijoo plantea dos principales reproches a este modelo:

1. El injusto lo comete otro (una persona física), mientras que la sociedad mercantil sufre las consecuencias como si lo hubiera cometido ella misma. En este sentido, no hay autorresponsabilidad, sino una heterorresponsabilidad por hecho ajeno.
2. El problema político-criminal, ya que la sociedad responde independientemente de si su comportamiento es correcto o incorrecto. No se distingue adecuadamente entre el individuo y la organización para efectos de imputación penal.

Desde una perspectiva económica de distribución equitativa de costos y beneficios, ha cobrado gran peso teórico la idea de que:

La sanción penal podría justificarse en función del ahorro de costos, por lo que una empresa que haya realizado esfuerzos o inversiones adecuadas para prevenir, detectar y responder ante delitos no debería ser castigada como si se tratara de un gasto más. (Feijoo, 2021, p. 27)

Por el contrario, aquellas sociedades que no inviertan en la prevención del delito deberán afrontar una sanción.

Luego, está la postura de la responsabilización de la persona jurídica por un hecho propio como requisito imprescindible para la imposición de penas. Esta postura puede resumirse en la siguiente fórmula:

La responsabilidad penal de las sociedades es igual a la sumatoria del delito individual más la insuficiencia en los mecanismos de control; la columna vertebral de este tipo de responsabilidad sigue siendo el delito cometido por el individuo y el fundamento de la responsabilidad de la persona jurídica es que desde la organización no se evitó o previno el delito individual (Feijoo, 2021, p. 37).

Esta idea surge de la aportación del maestro alemán Tiedemann, quien entiende el delito como un hecho propio de la organización, sobre el cual se construye la responsabilidad penal. En efecto, y en adhesión a esta postura, no es válido ampararse en la falta de autoconciencia, ya que jurídicamente no se puede sostener una responsabilidad penal por el hecho ajeno.

“Los ordenamientos entienden que la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si bien es autónoma, es complementaria de la responsabilidad individual. No están sustituyendo la responsabilidad individual por la de las personas jurídicas, sino estableciendo ésta como complemento de aquella”. (Feijoo, 2021, p. 41)

Este modelo configura un sistema de responsabilidad vinculado a los delitos realizados por una persona física, lo que lo distingue de un sistema basado en la responsabilidad por delitos cometidos por una persona física. En este contexto, las penas son autónomas, al igual que las causas de atenuación y exención.

Por otro lado, existe un sector de la doctrina que niega la responsabilidad penal de la persona jurídica, sosteniendo que, en realidad, se trataría de una responsabilidad administrativa. En el caso español, por ejemplo, García (2015) señala que:

“La jurisprudencia ha atribuido correctamente al art. 31 del CPE la mera función de ampliar la tipicidad en los delitos especiales, permitiendo su aplicación a las personas físicas no cualificadas que actúen en nombre del sujeto cualificado, sea este o no una persona jurídica”. (p. 121)

Este reconocimiento se interpreta como la afirmación de que la persona jurídica, en sí misma, no puede delinquir (*societas delinquere non potest*), por lo que resulta necesaria una extensión de la tipicidad.

Posteriormente, con la reforma del artículo 129 del CPE de 1995, se introdujo la categoría de “consecuencias accesorias”, facultando a los tribunales para imponer una serie de sanciones aplicables a las sociedades. Sin embargo, esta modificación no implica que el legislador haya estipulado tácitamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas (García, 2015, p. 122).

García (2015) considera que:

“Las consecuencias accesorias son medidas preventivas de carácter asegurativo que no necesitan basarse en la comisión de un hecho antijurídico, sino en el peligro de que este se realice (...) no son penas porque no se equiparan a la gravedad del hecho, ni son medidas de seguridad porque, aunque existe peligrosidad, estas solo son aplicables a sujetos individuales”. (p. 126)

Debe quedar excluido que estas sanciones sean consideradas penas, medidas de seguridad o una forma de responsabilidad civil. Y esto permanece así, por mucho que las mismas consistan en privaciones y restricciones de bienes y derechos, por mucho que estén contempladas en el Código Penal y por mucho que su aplicación le corresponda al juez penal (Gracia Martín, 2015, p. 154).

Es decir, los fundamentos que se suelen esgrimir para señalar que se tratan de penas son la culpabilidad de la persona jurídica; la regulación en el código penal como consecuencia de un delito; el carácter de privación de bienes jurídicos impuestos por órganos jurisdiccionales penales en el marco de una sentencia penal, por una cuestión de descarte en el que no son indemnizaciones civiles ni medidas de seguridad que se sustentan en la peligrosidad criminal y por tener el mismo fin preventivo que la pena.

Sin embargo, estos no son argumentos decisivos para sustentar su naturaleza penal. “Para ello, basta advertir que todos estos supuestos o elementos, sin excepción, se dan también en la responsabilidad civil derivada del delito, cuya naturaleza jurídica, aun siendo una consecuencia del delito, es inequívocamente civil” (Gracia Martín, 2015, p. 160).

3.2.1. El modelo de responsabilidad adoptado por el legislador peruano

En Perú, el legislador se ha decantado por regular la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Resulta notorio si uno se remite a la Ley N.º 31740, 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. Ya desde el título el legislador anticipa el tipo de responsabilidad que se le asigna a la persona jurídica.

Es así como, en su artículo 1º se señala como objeto el siguiente: “La presente ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas nacionales o extranjeras en el proceso penal por los delitos previstos en los artículos: a. 199, 226, 228, 384, 397, 397-A, 398 y 400 del Código Penal [...]”.

Luego, en el artículo 3º se señala: “Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto [...]”. Y en el artículo 5º sobre medidas administrativas aplicables:

El juez, a requerimiento del Ministerio Público, impone, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resulten responsables de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1:

- a. Multa, conforme al artículo 7 de la presente ley.
- b. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades:
 1. Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni 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 menor de un año ni mayor de cinco años.
3. Para contratar con el Estado de carácter definitivo.
- 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 menor de un año ni mayor de cinco años.
- e. Disolución.

En efecto, no se puede alegar que el legislador incurrió en un error de lenguaje o terminológico, cuando de la lectura de la citada norma resulta claro que su intención fue asignarles a las consecuencias accesorias una naturaleza administrativa. Y en cuanto al artículo 105° del código penal peruano, podemos señalar que, en una antinomia de leyes, se recurre, según la doctrina, a los criterios de jerarquía, temporalidad y especialidad⁶.

4. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO (*COMPLIANCE*)

4.1. Origen, evolución histórica y definición

Ante esta problemática que supone la gran corrupción de las grandes corporaciones y funcionarios del estado, riesgo propio de la actividad empresarial, surge lo que la doctrina conoce como *compliance*. El programa de cumplimiento o *compliance* nace como una herramienta para gestionar el riesgo de la corrupción.

“El anglicismo *compliance* es un término que se ha venido utilizando desde hace mucho en diversos ámbitos de la salud. En la medicina, denota el correcto seguimiento del paciente de las recomendaciones y prescripciones de un médico. De forma análoga, en la farmacología indica la observancia en la ingestión y dosificación de determinados medicamentos”. (Carrión, 2014, p. 81)

6 Bobbio (2016) señala que el criterio de la *lex specialis*, es aquel con base en el cual, de dos normas incompatibles, la una general y la otra especial (o excepcional), prevalece la segunda: *lex specialis derogat generali*. La razón del criterio es clara, puesto que sustrae de una norma una parte de la materia para someterla a una reglamentación diversa (p. 195).

En otras ciencias, el término se entiende como la observancia de reglas o directrices, por ello es un término que no se circunscribe únicamente al Derecho⁷, sino que se disemina en todo ámbito donde se deben seguir normas y costumbres determinadas.

En palabras de Reaño (2015): “Un programa de *Criminal Compliance* efectivo contendrá fundamentos jurídico-penales sólidos para deslindar a la propia empresa de los hechos delictivos que pudieran cometer sus integrantes en el desempeño de sus cargos” (p. 142).

Debe entenderse que la exención de responsabilidad abarca a toda la estructura empresarial, incluyendo tanto a los trabajadores como a la cúpula directiva.

Los programas de cumplimiento normativo pueden definirse de manera general como aquellos cuerpos normativos que recogen sistemas empresariales internos de gestión de riesgos, dirigidos a minimizar las infracciones normativas dentro de la empresa (Luyo, 2021, p. 224). En otras palabras, estos programas son instrumentos de autogestión, contruidos sobre la base de directrices autónomas orientadas al aseguramiento de los deberes y obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a la empresa en su calidad de sujeto de derechos.

Desde una perspectiva histórica, el *compliance* nace jurídicamente en el derecho estadounidense como resultado de la evolución hacia la responsabilidad penal de las empresas y su consecuente autorregulación.

Primigeniamente, fue utilizado en el sector bancario angloamericano para asegurar un comportamiento acorde con las normas por parte de los trabajadores, especialmente en áreas de riesgo dentro de estas instituciones crediticias, como la información privilegiada, corrupción, manejo de conflictos de intereses y lavado de dinero. (Carrión, 2014, p. 82).

El concepto de *compliance* moderno surge en la década de los sesenta, en el contexto de los *electrical cases*, donde las compañías norteamericanas de la industria eléctrica recurrieron a la concertación de precios debido a la crisis económica que enfrentaban. “En respuesta a las transgresiones detectadas y al menoscabo que sufrió su reputación, optaron por implementar voluntariamente programas de cumplimiento para prevenir futuros delitos e investigar aquellos que ya habían ocurrido” (Carrión, 2014, p. 82).

7 “Los programas de cumplimiento normativo en materia penal aluden a la adopción por parte de las empresas de medidas de autorregulación. Dicho en términos positivos, *criminal compliance* significa “autovigilancia” y fomento de una mentalidad corporativa de fidelidad al derecho” (Silva Sánchez, 2014, p. 192).

En la década de los setenta, los sucesos del Watergate dieron origen a la *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que reforzó la utilidad de los programas de cumplimiento como instrumento preventivo. Posteriormente, los casos de soborno y estafa en la industria armamentista consolidaron el compliance como una práctica esencial en las empresas.

Efectivamente, tras la revelación de estos delitos, las principales empresas de defensa suscribieron la Defense Industry Initiative on Business Ethics and Conduct por iniciativa del Departamento de Defensa de Estados Unidos, asumiendo el compromiso de adoptar y aplicar un conjunto de principios y valores éticos. (Carrión, 2014, p. 83)

Estos acontecimientos generaron una mayor conciencia en las empresas sobre su responsabilidad penal o civil en caso de no haber tomado las precauciones necesarias. Sin embargo, debido a la falta de regulación de los beneficios jurídicos y la escasa recepción jurisprudencial, las expectativas de empresarios y otros actores del sector financiero no fueron satisfechas.

4.2. Elementos comunes a los programas de cumplimiento

Este apartado es importante y le dará una mejor idea de la tesis que el autor postula sobre la utilidad del *compliance* para evitar la sanción por el delito de cohecho. Y es que, una vez que se ha incoado un proceso por cohecho donde la empresa es investigada, el defensor contratado puede analizar el caso tomando en cuenta el programa implementado por aquella para traer abajo la tesis fiscal. En términos sencillos, el abogado defensor puede señalarle al juez qué elementos se cumplen para que no sea responsable administrativamente como una suerte de *check list*.

Con ello, lo que se quiere decir es que existen dos momentos: uno en el que la empresa puede diseñar un programa para "prevenir" el delito, y un segundo momento que es cuando ya se ha cometido el delito y, en el marco de un proceso penal, se pretende eximir a la empresa. El primer momento resulta ser más complejo porque el programa es una herramienta de tantas para evitar el delito y que engloba una pregunta más profunda: ¿cómo se previene un delito a grandes rasgos? El programa no necesariamente será el mismo para todas las empresas ni les funcionará a todas, de modo que, lo más sensato que se puede hacer es proponer un bosquejo y sobre la base de este, las empresas diseñarán el programa más adecuado a los fines que persiguen.

Entre los elementos indispensables que debe contener un modelo de prevención para configurar la exención de responsabilidad penal, se encuentra la figura del encargado de prevención.

“Sus funciones son autónomas del órgano de gobierno de la empresa para asegurar la finalidad del programa de prevención. Este modelo deberá tener un respaldo firme, explícito y visible del personal directivo de la empresa, ya que el compromiso de integridad debe comenzar en las esferas más altas”. (Chanjan & Puchuri, s.f., p. 8)

4.2.1. La identificación, evaluación y mitigación de riesgos

Implica ubicar los factores, tipos y esquemas de riesgo que puedan presentarse en el desarrollo de actividades de la empresa; evaluar el impacto potencial de estos riesgos en la empresa y determinar la estrategia más adecuada para neutralizarlos (Chanjan & Puchuri, p. 8).

Por ejemplo, para el caso de Odebrecht en el acápite 2.2 (Ejemplos de cohechos corporativos empresariales), claramente los riesgos podían advertirse en el objetivo imperante de la constructora por acelerar su proceso de internacionalización (entrar bajo cualquier medio dentro de mercados internacionales), la predisposición de los gobiernos de turno para la realización de obras, la cultura política peruana caracterizada por el ofrecimiento de comisiones, entre otros. Estos y otros riesgos debieron ser advertidos por todos los funcionarios o trabajadores vinculados con estos proyectos.

4.2.2. La implementación de un procedimiento de denuncia

Se refiere a canales y procedimientos efectivos que faciliten la denuncia de cualquier acto delictivo, así como de aquellas acciones que intenten socavar la operatividad del programa (Chanjan & Puchuri, p. 8). Un canal podría ser un buzón anónimo de denuncia, por ejemplo.

De los ejemplos mencionados en el acápite 2.2, los canales de denuncia habrían generado una oportunidad real para detener la seguidilla de casos de corrupción que se mantuvo vigente durante por lo menos tres gobiernos. Por otra parte, siendo que se trata de corporaciones con muchísimos trabajadores, la experiencia enseña que no se trata de necesariamente de corporaciones criminales, sino que existen personas que no están vinculadas al crimen y podrían denunciar dichos actos. Por lo demás, la implementación del canal de denuncias corresponde a las esferas altas de dirección e influye en la cultura de prevención.

Vale señalar que en el mismo portal web de Odebrecht se encuentra actualmente habilitado un canal para registrar denuncias. Asimismo, han publicado los resultados obtenidos en el período 2023, en el cual recibieron 421 informes, 35% de los informes investigados guardaban relación con fraude, robo, malversación,

violación de leyes, entre otros. La protección de los denunciantes está garantizada por el anonimato⁸.

4.2.3. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención

Este elemento implica promover la cultura de la integridad empresarial, capacitando a los trabajadores y directivos de la empresa sobre cómo funciona el modelo de prevención, las características fundamentales, los canales de denuncia, las sanciones previstas, etc.

4.2.4. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención

El análisis de su implementación debe realizarse un mínimo de veces por año, en función a las necesidades de la empresa, que en principio podrían ser dos veces. Esto debería enfocarse en (i) el funcionamiento del programa de cumplimiento; (ii) las fallas encontradas; (iii) la eficacia de las reacciones ante los riesgos identificados; (iv) las acciones correctivas detalladas; (v) y otras acciones necesarias para mejorar el programa de cumplimiento (Chanjan & Puchuri, p. 8).

4.2.5. Incentivos y medidas disciplinarias

La *Federal Sentencing Guidelines* dispone el otorgamiento de incentivos y la imposición de sanciones dentro de la empresa como medidas orientadas a promover y aplicar de manera consistente el programa de cumplimiento. "La implementación del dispositivo y la decisión sobre los incentivos y sanciones corresponden a cada empresa. Lo crucial es comunicar a los miembros la seriedad de los esfuerzos para actuar conforme a la ley" (Carrión, 2014, p. 107).

5. EL COMPLIANCE COMO HERRAMIENTA PARA EVITAR LA SANCIÓN DE DELITOS EN EL PERÚ

A más de treinta y tres años de vigencia del CP el desarrollo jurisprudencial producido en torno a las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas no ha resultado relevante ni satisfactorio. Efectivamente, la imposición judicial y concreta de estas sanciones ha permanecido, todo ese tiempo, ignorada o muy ale-

8 Para más información, consulte Odebrecht. (2023). *Resultados Línea Ética 2023*. Recuperado de <https://www.odebrecht.com/api/sites/default/files/resultados-le-2023-esp.pdf>

jada de la praxis funcional de la judicatura penal en todas las instancias (Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116, Corte Suprema de la República, f.7).

Los presupuestos que se deben cumplir para establecer las consecuencias del artículo 105º del código penal han sido delimitados por la Corte Suprema, los cuales son:

- A. Que se haya cometido un hecho punible o delito.
- B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.
- C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito. (Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116, Corte Suprema de la República, f.14)

Existen cuatro tipos de consecuencias previstas en la normativa, cada una con características y funciones específicas.

La primera consecuencia es la clausura temporal o definitiva de locales o establecimientos. Esta medida afecta directamente el funcionamiento de los locales o inmuebles en los que la persona jurídica desarrolla sus actividades económicas. En caso de que la clausura sea temporal, no puede extenderse por más de cinco años. Es fundamental que el establecimiento haya servido para la comisión, favorecimiento, facilitación o encubrimiento del delito (Castillo, 2001, p. 310).

La segunda consecuencia es la disolución de la persona jurídica o su cancelación en los registros públicos, lo que constituye la sanción más gravosa. Esto es similar a la pena de muerte en los delincuentes, ya que garantiza que no volverán a cometer infracciones (Hurtado Pozo, 1996, p. 4).

En este caso, no se trata de un defecto de organización, sino de un defecto de origen, por lo que esta medida debe reservarse exclusivamente para aquellas situaciones en las que la existencia misma del ente colectivo esté sistemáticamente vinculada con la comisión de delitos.

La tercera consecuencia es la suspensión de actividades, la cual tiene un carácter temporal y no puede exceder los dos años. Puede ser parcial o total. “En su opción parcial, deberá recaer solamente sobre aquellas actividades estratégicas u operativas específicas que se relacionaron con el delito cometido o con su modus operandi y efectos” (Espinoza, 2005, p. 329).

Finalmente, se tiene la prohibición de realizar actividades futuras de aquellas que involucraron a la persona jurídica con la comisión, favorecimiento o encubrimiento de un hecho punible, que también puede ser temporal o definitivo. Con esta sanción se interrumpen las operaciones de la empresa con posterioridad al delito.

Tiene una naturaleza de inhabilitación *ex post*. No obstante, su alcance es limitado y específico, ya que no puede aplicarse a actividades que no estén relacionadas con el delito (Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116, Corte Suprema de la República, f.15).

Para la aplicación de estas consecuencias, deben respetarse garantías dentro del proceso penal. La persona jurídica debe ser citada y representada por un apoderado con plena capacidad para ejercer sus derechos, incluyendo defensa procesal, impugnación y tutela jurisdiccional, asegurando una resolución fundamentada y conforme al derecho (Acuerdo Plenario N.º 7-2009/CJ-116, Corte Suprema, f. 20).

El Nuevo Código Procesal Penal contempla las normas procesales aplicables a las personas jurídicas. Así, el artículo 91º establece que la solicitud de emplazamiento del fiscal se debe formular ante el juez de la investigación preparatoria y hasta antes de que se declare concluida la investigación preparatoria; el artículo 92º versa sobre la representación procesal y el artículo 93º sobre los derechos y garantías procesales que sean compatibles con la naturaleza de la persona jurídica, con énfasis en la defensa activa, el contradictorio y el derecho de impugnación.

Al revisar la jurisprudencia, se ha establecido como doctrina vinculante que el uso de una persona jurídica mediante el ejercicio de sus actividades empresariales o aprovechando su estructura para facilitar la comisión de un delito o encubrirlo habilita la aplicación de las sanciones previstas en los artículos 104º y 105º del Código Penal (Cas. 134-2015, Corte Suprema, f. 22).

En otro caso, se señala que, para que una persona jurídica sea formalmente considerada imputada en un proceso penal, se debe seguir un procedimiento adecuado, que consta de dos etapas; según el expediente. 28-2017-22-5002-JR-PE-01, f. 3.2:

1. Emplazamiento de la persona jurídica.
2. Audiencia judicial, en la que el juez, en última instancia, determinará si la persona jurídica puede ser imputada dentro del proceso penal.

En este caso, la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria incluyó a Alpha Consult S.A. como imputada por la presunta comisión de los delitos atribuidos en las diligencias preliminares.

Sea que se sancione a las personas jurídicas o no (a pesar de la limitada jurisprudencia existente), sea la naturaleza que la doctrina le asigna a las consecuencias accesorias (penal o administrativa), lo que a la empresa le importa es no ser pasible de una sanción. O, dicho de otro modo, la implementación de los programas de cumplimiento tiene como objetivo que la persona jurídica no responda por el delito (de hecho, no les conviene responder por las consecuencias de un delito) o si lo tiene que hacer, que sea de manera atenuada.

El artículo 17° de la Ley N° 30424 establece que la adopción de un modelo de prevención constituye una eximente de responsabilidad para la persona jurídica. Dicho modelo debe contar con los siguientes elementos indispensables:

17.2.1. Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.

17.2.2. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

17.2.3. Implementación de procedimientos de denuncia.

17.2.4. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.

17.2.5. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Si no fuera posible eximir de responsabilidad a la persona jurídica, existen circunstancias atenuantes previstas en la Ley N° 30424:

“Artículo 12. Circunstancias atenuantes. Son circunstancias atenuantes de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas las siguientes:

- a. La colaboración objetiva, sustancial y decisiva en el esclarecimiento del hecho delictivo, hasta antes del inicio de la etapa intermedia.
- b. El impedimento de las consecuencias dañosas del ilícito.
- c. La reparación total o parcial del daño.
- d. La adopción e implementación por parte de la persona jurídica, después de la comisión del delito y antes del inicio del juicio oral, de un modelo de prevención.
- e. La acreditación parcial de los elementos mínimos del modelo de prevención.

La confesión, debidamente corroborada, de la comisión del delito, con anterioridad a la formalización de la investigación preparatoria, tiene como efecto que el juez pueda rebajar la medida establecida en los literales a), b), y d) del artículo 5 hasta un tercio por debajo del mínimo legal establecido, cuando se trate de medidas temporales. Este supuesto es inaplicable en caso de flagrancia, irrelevancia de la admisión de los cargos en atención a los elementos probatorios incorporados en el proceso o cuando se haya configurado la reincidencia de acuerdo al segundo párrafo del artículo 13.

A nivel internacional, encontramos la norma ISO 37301:2021 sobre sistema de gestión de *compliance*, la cual reemplaza a la norma ISO 19600:2014. Dicha normativa presenta algunos elementos comunes al ordenamiento jurídico interno.

La planificación implica tener objetivos de cumplimiento y una gestión de riesgos y oportunidades; un segundo momento es la parte formativa y de conciencia. Luego, en la parte operativa hay investigaciones y procedimientos. Posteriormente se evalúa el desempeño con la medición de indicadores, auditorías internas y la elaboración de informes de cumplimiento. Finalmente hay una etapa de mejora continua con acciones correctivas⁹.

La doctrina, por su parte, también se ha encargado de desarrollar los elementos que debe contener un *compliance* y que apuntan como objetivo a que la persona jurídica no responda por los delitos cometidos en el seno de su organización y vendrían a ser los siguientes:

- a) **Análisis de riesgos:** con ello se busca detectar los delitos de mayor probabilidad de comisión, los sectores de la actividad empresarial más afectados y la eficacia de las medidas de control.
- b) **Código ético o de conducta y políticas de empresa:** un sistema de cumplimiento requiere de normas, directrices de comportamiento, pero cómo puede haber ambigüedad, los mandatos éticos deben contar con políticas más detalladas según el sector (medio ambiente, mercado de valores, etc.).
- c) **Formación y difusión:** la finalidad de la formación es asegurar que todos los trabajadores son competentes para cumplir con sus labores. Las políticas de cumplimiento también deben encontrarse en canales de difusión de la empresa que sean accesibles; por ejemplo, que se encuentre disponible en varios idiomas.
- d) **Mecanismos de detección y sanción:** es necesario detectar las infracciones, investigarlas y sancionarlas como en un sistema penal; por ello, resultan necesarias las auditorías internas, los canales de denuncia y las sanciones disciplinarias. Pero también pueden tipificarse incentivos que premien a los empleados más comprometidos.
- e) **Protocolos de reacción:** una empresa virtuosa no solo debe prevenir y sancionar, sino también reaccionar de manera adecuada a la noticia criminal. Se debe denunciar los hechos, reparar el daño, colaborar con las autoridades. Se debe fijar de antemano cómo debe actuar la empresa en estas situaciones.

9 Intedya. *Requisitos e interpretación de ISO/FDIS 37301:2021. Sistemas de gestión del cumplimiento*. https://www.intedya.com/productos/PICISO37301_2021_Rev.00.pdf.

- f) **Evaluación periódica:** la eficacia del sistema ha de ser evaluada periódicamente.
- g) **Documentación:** una correcta documentación es también una herramienta esencial para la defensa de la entidad, con el fin de demostrar a las agencias administrativas o a la autoridad judicial que el programa se ha ejecutado convenientemente. La documentación no refleja el funcionamiento diario del sistema de prevención, aspecto clave en el ámbito judicial. Por ello, debe complementarse con documentos que evidencien su aplicación cotidiana (Nieto, 2015, p. 12).

Por su parte, Zulgaldia (2017) postula los siguientes requisitos:

- a) **Un mapa de riesgos jurídicos:** no solo en el ámbito penal, sino también en el laboral, fiscal, medio ambiental, de la competencia, la corrupción, blanqueo de capitales, etc., dependiendo de la actividad de la empresa. Pero tener un programa de cumplimiento voluminoso y adquirido por un alto precio de un estudio de abogados no exime de responsabilidad. Por eso, debe tomarse en serio el programa, lo que implica no solo un “corta y pega”, sino un “traje hecho a la medida”.
- b) **Un código de buen gobierno corporativo:** debe seguir las pautas de conductas establecidas en la legislación como la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, Ley 25/2005, reguladora de las entidades de capital-riesgo (normativa española). Pero también las reglas establecidas en “*soft laws*”, como el “Código Cadbury”, “Código Olivencia” o “el Código Unificado de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas”.
- c) **Reglas de transparencia de comunicación e información directa bidireccional:** entre cliente-empresa, empresa-cliente, trabajador-empresa y empresa-trabajador.
- d) **Contenido mínimo:**
 - Identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos (mapa penal).
 - Establecer protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución.
 - Imponer la obligación de informar sobre posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento del modelo de prevención, porque, en efecto, debe existir una persona o departamento (*compliance officer* o *controller*) creado por el estatuto de la empresa con competencias en materia de con-

trol, intervención de operaciones, auditoría de cuentas, etc. Sobre aquel, debe haber resguardo de toda represalia. Aunque también se puede recurrir a un órgano de control externo contratado para tal efecto.

- Establecer un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento.
- Una verificación periódica del modelo para estudiar su modificación (p. 30).

5.1. El *compliance* en el análisis de la teoría del delito dentro del proceso penal

En el capítulo anterior, ya se había adelantado el contenido del programa de cumplimiento. No obstante, en este apartado se profundizará aún más en su análisis. Se observa que existen múltiples elementos consensuados, cuya correcta implementación puede eximir a la empresa de responsabilidad.

Sin embargo, aquí se introduce una perspectiva diferente respecto al enfoque de otros autores: el programa de cumplimiento no se centra en la supuesta culpabilidad de la persona jurídica, ni pretende evaluarla.

Como se recordará, uno de los elementos clave dentro de la tipicidad es el riesgo. Al respecto, la teoría más difundida es la de la imputación objetiva, la cual toma como punto de partida la causalidad natural, pero no la considera suficiente para la atribución del resultado. Por lo tanto, es necesario comprobar si generó un riesgo que el ordenamiento jurídico reprocha y si el resultado ocurrido es la materialización de ese riesgo sancionado por la normativa (Bacigalupo, 1999, p. 271).

En consecuencia, el derecho penal se interesa en aquellas conductas que generan un riesgo prohibido o mayor al permitido, cuando dichas conductas afectan el bien jurídico tutelado.

No todo riesgo de resultado puede ser objeto de una prohibición, ya que ello implicaría una limitación desproporcionada de la libertad de acción. En este sentido,

“La imputación objetiva se excluye cuando la acción que claramente ha producido el resultado no supera los límites de un riesgo permitido. Ello significa que tales acciones no son típicas. Son riesgos que una sociedad tolera porque los considera necesarios para su desarrollo social y que no pueden ser alcanzados por la tipicidad, que implica un primer elemento que caracteriza una perturbación intolerable del orden social”. (Bacigalupo, 1999, p. 273)

Por su parte, Zaffaroni (2007) señala que el criterio general para determinar la imputación objetiva es el aumento del riesgo. Su planteamiento se basa en las reglas formuladas por Roxin, según las cuales:

“Un resultado causado por el agente solo se puede imputar al tipo objetivo si la conducta del autor ha creado un peligro para el bien jurídico, no cubierto por un riesgo permitido, y si ese peligro se ha realizado en el resultado”. (p. 390)

En este diseño no hay imputación cuando no se generó un peligro que sobrepase el riesgo permitido ni cuando se haya creado pero el resultado no sea producto del riesgo.

Si las consecuencias para la persona jurídica son las explicadas en los párrafos precedentes y lo que realmente se busca es que la persona jurídica no responda, ¿en qué elemento de la teoría del delito debe enfocarse la empresa cuando diseña su *compliance*? Lógicamente en la tipicidad, porque dentro de esta, se encuentra el riesgo prohibido, el cual se busca prevenir.

En otras palabras, si la empresa cumple con el *compliance* (normas nacionales e internacionales), ella, que está expuesta al nicho criminológico, jamás creará el riesgo prohibido o aumentará el riesgo. Y si la empresa no crea el riesgo, no puede responder con las consecuencias accesorias. Lo que se trata de decir es que, el *compliance* es útil porque ataca no la culpabilidad de la persona jurídica, sino la eventual tipicidad de la intervención de la persona jurídica.

Así, quien responde es el particular, representante de la empresa, directivo o trabajador luego de ser denunciado voluntariamente por la empresa, porque sí se cometió un delito y hay un daño que debe ser resarcido, en virtud de la máxima del *alterum non laedere*, por el cual, no existe normativamente (ni en la constitución o en alguna ley) un derecho al daño. Todo daño debe ser resarcido.

5.2. Ejemplos de la utilidad del *compliance* en el plano material

Ahora que se ha dejado sentado el análisis dogmático que se propone que deben realizar todos los operadores del derecho que utilicen la herramienta del *compliance* (legislador, entidades públicas, empresas, abogados litigantes, juristas), corresponde verificar en la realidad material la interrelación del *compliance* con la prevención del cohecho o, vale decir, cómo es su aplicación en el plano fáctico.

Al respecto, la OCDE realizó un informe sobre la detección del cohecho internacional y dejó los siguientes datos estadísticos: de 427 casos analizados, el 31% de las empresas acusadas llevaron a cabo denuncias voluntarias, lo que da cuenta de la disposición de las empresas para notificar una denuncia voluntaria en países cuyo

ordenamiento lo permite. De los 137 casos, las tres principales fuentes de detección por parte de las empresas fueron auditorías internas (31%), auditorías en el contexto de fusiones y adquisiciones (28%) y denuncias internas (17%); esto da cuenta de la importancia de la profesión contable y las auditorías para el seguimiento del cohecho (OCDE, 2015).

En España encontramos algunos ejemplos de *compliance* como el Canal de Denuncias de la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT), que se creó para que cualquier persona pueda comunicar conductas que puedan suponer un incumplimiento de la normativa vinculada con los impuestos; el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y altos cargos, que establece pautas éticas y de conducta; y la Oficina de Conflictos de Intereses (Vargas, 2024, p. 66).

Por otro lado, se debe señalar que el modelo español es un modelo descentralizado de agencias anticorrupción dentro de las comunidades autónomas. Entre las agencias anticorrupción que se han creado destacan la Oficina Antifraude de Cataluña; la Agencia de Integridad y Ética Públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón, creada por ley 5/2017; y la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra, creada mediante la Ley Foral 7/2018.

En el ámbito nacional, algunas instituciones del Estado peruano han adoptado políticas de *compliance*. En el caso de la Contraloría General de la República, se actualizaron los objetivos y la política de gestión antisoborno mediante resolución N° 229-2022-CG, aunque se critica su falta de enfoque operativo que dé cuenta del funcionamiento del programa de *compliance penal*. Por otro lado, se encuentra el Poder Judicial que recibió formalmente la certificación de su Sistema de Gestión Antisoborno según la norma técnica ISO 37001:2016, otorgada por la empresa certificadora Global Certification Bureau (Pereyra, 2024).

Luego, en el ámbito de las empresas privadas, la *World Compliance Association*, que se encarga del desarrollo de sistemas de gestión o *compliance*, realizó un estudio en el que concluyeron que son más de 1000 empresas privadas peruanas (incluyendo pymes) las que se han certificado o están por certificar programas de prevención anticorrupción. Y por el lado de las entidades públicas superan el centenar e incluyen a organismos como el Ministerio Público o la Contraloría (Gestión, 2022).

Y como ejemplo particular está la empresa Equilibra Perú S.A., en la que se realizó una investigación cuantitativa que utilizó métodos estructurados para recopilar y analizar información a través de datos numéricos y su consecuente análisis estadístico. La investigación concluyó que el *compliance* en la empresa tiene un nivel óptimo, ya que cumple los lineamientos que indica la ley; se evidencia que los lineamientos de código de ética, políticas internas y el canal de denuncia guardan relación con la lucha contra la corrupción, lavado de activos y financiamiento del

terrorismo. Así mismo, resaltan los planes piloto sorprendidos para el desarrollo de simulacros sobre cómo puede surgir un riesgo de delito (Huamaní, 2023).

El sistema de control interno desarrollado por la empresa Equilibra Perú es óptimo, ya que los procesos de control son efectivos, la evaluación de riesgos es apropiada y existe una buena prevención y supervisión de los delitos y faltas. Siendo más precisos, la empresa cumple con la norma de *compliance* al contar con los siguientes factores: oficial de cumplimiento, canales de comunicación (tercerización de la firma auditora EY), código de ética, políticas internas de anticorrupción, auditorías internas y externas y tercerización del área legal.

En ese sentido, y dada la información que brindan los datos estadísticos, la problemática o los bemoles que se presentan son los siguientes: en algunos países de Europa, como España, es obligatorio para las empresas contar con un programa de *compliance*, mientras que en países como Perú son pocas las empresas que han llevado a cabo su implementación, aunque cada vez son más las pymes que se suman a esta tendencia y prueba de ello son los certificados otorgados por las empresas certificadoras.

Otro problema está relacionado con el *public compliance*, es decir los programas implementados por las entidades públicas, ya que no todas lo desarrollan de la misma manera o bajo los mismos mecanismos, prueba de ello es el modo en que lo han implementado organismos como la Contraloría o el Poder Judicial.

Finalmente, se encontró data internacional, pero no se cuenta con estadística del Ministerio Público sobre aquellas investigaciones de delitos contra la administración pública, como el cohecho, que se hayan incoado por las denuncias voluntarias o, dicho de otro modo, por el uso de los programas de *compliance* por parte de las empresas para eximirse de responsabilidad. Sin perjuicio de ello, se encontró estadística internacional y un caso nacional que dan cuenta de la interrelación que existe entre el *compliance* y la prevención de delitos como el cohecho. Y es que, las empresas terminan recurriendo a los programas de cumplimiento porque han mostrado un nivel óptimo para prevenir la sanción de este tipo de delitos.

6. CONCLUSIONES

Se concluye que, en las tramas de gran corrupción, hay un funcionario público que oferta la función pública al mejor postor, un privado. Pero este no es cualquier privado, suele ser por lo general el representante de una gran empresa; por lo que, también se constituye en un actor más en la gran corrupción y desempeña un rol fundamental, aunque no es sancionado por ningún tipo penal.

El ejemplo más emblemático de gran corrupción de funcionarios con participación de empresas en el Perú es la trama Odebrecht, porque incluyó a varios expresidentes peruanos con grandes sumas de dinero de por medio para favorecer a la empresa en mención y sus filiales en los procesos de licitación pública.

Existen principalmente dos modelos de responsabilidad de la persona jurídica. Por un lado, está el modelo de responsabilidad penal que se sostiene en que no se puede construir un modelo de responsabilidad por hecho ajeno y que es complementaria a la responsabilidad individual. Por otro lado, se encuentra la responsabilidad administrativa, la cual le otorga a las consecuencias accesorias la naturaleza de medidas preventivas; no son penas ni medidas de seguridad. Y en Perú, el legislador ha adoptado el segundo modelo.

Los programas de cumplimiento o *compliance* son cuerpos normativos de autorregulación elaborados por las personas jurídicas encaminados a prevenir, gestionar y aminorar riesgos, entre ellos, la comisión de actos de corrupción como el cohecho. Para que dichos programas sean eficientes y útiles deben contar con ciertos elementos como el análisis de riesgos, un código de ética y políticas de empresa, planes de capacitación, protocolos de reacción y evaluaciones periódicas.

El *compliance* tiene como objetivo principal evitar que a la persona jurídica se le impongan las consecuencias accesorias del artículo 105° del código penal, vale decir, busca prevenir el riesgo de la corrupción. Entonces, el análisis no debe estar centrado en si el *compliance* ataca la culpabilidad, sino la tipicidad, que es donde se evalúa el riesgo prohibido. Realmente no importa si la naturaleza de la responsabilidad es penal o administrativa, sino que la empresa no responda.

Para que la empresa no responda con alguna de las consecuencias accesorias por el delito de cohecho, el programa de cumplimiento debe estar encaminado a prevenir que los trabajadores, pero principalmente los altos directivos, ofrezcan, den o prometan alguno de los medios corruptores a un funcionario público para que realice u omita actos en violación de sus obligaciones o sin faltar a estas.

A lo largo del presente análisis, se ha evidenciado que los programas de cumplimiento no son meras formalidades, sino herramientas reales que pueden impedir la sanción del delito de cohecho, siempre que se implementen de manera efectiva. Las estadísticas de la OCDE demuestran que un porcentaje significativo de empresas que enfrentaron casos de corrupción optaron por realizar denuncias voluntarias, lo que refleja un interés en hacer uso de estas herramientas para evitar consecuencias legales gravosas. Esta información deja claro que, en países con marcos normativos sólidos, el *compliance* no solo es un requisito, sino una necesidad para las empresas que buscan proteger su reputación y asegurar su continuidad.

Sin embargo, en el contexto peruano, la situación aún presenta desafíos. Si bien instituciones como la Contraloría General de la República y el Poder Judicial han implementado políticas de cumplimiento, persisten cuestionamientos sobre su efectividad práctica. La Resolución N.º 229-2022-CG y la certificación ISO 37001 para el Poder Judicial son pasos importantes, pero de poco sirven si no se traducen en un verdadero compromiso operativo. En otras palabras, la existencia de políticas no garantiza por sí misma la prevención del cohecho; es necesario que las entidades públicas no solo adopten sistemas de gestión antisoborno, sino que los apliquen con rigor y transparencia.

A pesar de estos avances, subsiste un problema fundamental, que es la falta de estadísticas claras del Ministerio Público, que permitan conocer cuántas investigaciones por cohecho han sido iniciadas a partir de denuncias voluntarias o por el uso efectivo de programas de *compliance*. Esta ausencia de datos deja un vacío en el análisis y refleja una deficiencia en el seguimiento de las medidas preventivas adoptadas por las empresas. Sin cifras concretas, es difícil medir el impacto real del *compliance* en la prevención del delito de cohecho.

BIBLIOGRAFÍA

- BACIGALUPO, E. (1999). *Derecho penal. Parte general.* (2ª ed.). Hammurabi.
- BOBBIO, N. (2016). *Teoría general del derecho.* Temis.
- BOEHM, F. (2005). Corrupción y captura en la regulación de los servicios. *Revista de Economía Institucional*, 7(13), 245-263. <https://www.redalyc.org/pdf/419/41901310.pdf>
- CARRIÓN, A. (2014). *Criminal compliance: De la ley de EE.UU. de prácticas corruptas en el extranjero, el riesgo de las empresas de acción internacional y la trascendencia de los programas de cumplimiento.* ECB Ediciones.
- CASTILLO, J. (2001). *Las consecuencias jurídico-económicas del delito.* Idemsa.
- CHANJAN, R., & PUCHURI, F. (s.f.). *Criminal compliance empresarial: Nuevo mecanismo de la lucha contra la corrupción.*
- ESPINOZA, J. (2005). *La persona jurídica en el nuevo proceso penal.* Palestra.
- FEIJOO, B. (2021). *Compliance penal: La responsabilidad administrativa de la persona jurídica y la atribución de responsabilidad penal a sus directivos.* En: VALDEZ, F. (Dir.), *Compliance Penal.* Gaceta Jurídica.
- GARCÍA, M. (2015). Sanción de las personas jurídicas en el Código Penal Español y propuestas de reforma. En: Urquiza, J. / Abanto, M. / Salazar, N. (Coords.),

Dogmática penal de derecho penal económico y política criminal: Homenaje a Klaus Tiedemann. (Tomo I). Gaceta Jurídica.

GRACIA MARTÍN, L. (2015). *Sobre la naturaleza jurídica de las llamadas consecuencias accesorias para personas jurídicas en el Código Penal Español.*

GUIMARAY, E. (2018). El caso Lava Jato en el Perú: Descripción, valoración y aplicación de normas. *Themis Revista de Derecho*, (73), 65-81.

GUIMARAY, E. (2019). Aproximación teórica sobre la aplicación de la autoría mediata por dominio de organización en supuestos de gran corrupción. *IUS ET VERITAS*, (58), 14-31.

HAYA, E. (2016). Gran corrupción: Estrategias para evitar su impunidad internacional. *Revista Nuevo Foro Penal*, 12(87), 60-98.

HUAMANI, S. (2023). Análisis del modelo de Compliance en la prevención de delitos empresariales en Equilibra Perú S.A. *Concordia. Revista de Administración y Educación*, 3(6). <http://doi.org/10.62319/concordia.v.3i6.21>

HURTADO POZO, J. (1996). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Universidad de Friburgo.

LUYO, M. (2021). El impulso de los programas de cumplimiento normativo: Entre la promoción y la imposición. *Advocatus*, (41), 223-234. <https://doi.org/10.26439/advocatus2021.n041.5661>

MALEM, J. (2017). *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica.* Marcial Pons.

MONTOYA, Y. (2015). *Manual sobre delitos contra la administración pública.* Instituto de Democracia y Derechos Humanos - PUCP.

NIETO, A. (2015). Fundamento y estructura de los programas de cumplimiento normativo. En: *Manual de cumplimiento penal en la empresa.* Tirant lo Blanch.

PEÑA CABRERA, A. (2021). *Delitos contra la administración pública.* Lex & Iuris.

PEREYRA, T. (2024). El public compliance en el Perú. Estado de la cuestión y desafíos hacia la construcción de una agencia Anticorrupción. *Giuristi: Revista De Derecho Corporativo*, 5(10), 71-92. <https://doi.org/10.46631/Giuristi.2024.v5n10.05>

QUIROZ, A. (2014). *Historia de la corrupción en el Perú.* Instituto de Estudios Peruanos.

REAÑO, J. (2015). La utilidad de los programas de criminal compliance para las empresas que operan en Perú. *Themis Revista de Derecho*, (68), 141-152. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/15589>

- REÁTEGUI, J. (2015). *Delitos contra la administración pública en el Código Penal*. Jurista Editores.
- SALINAS SICCHA, R. (2014). *Delitos contra la administración pública*. Grijley.
- SILVA SÁNCHEZ, J. (2014). *Fundamentos del derecho penal de la empresa*. BdeF.
- SORIANO, R. (2011). La corrupción política: Tipos, causas y remedios. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 382-402.
- TERRADILLOS, J. (2017). Corrupción política: Consideraciones político-criminales. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, (1), 1-37. <https://www.ejcreeps.com/Juan%20Terradillos%20corrupcion%20politica%20REEPS.pdf>
- TORRES, A. (05 de septiembre del 2022). Mil empresas en Perú cuentan con compliance anticorrupción, ¿cuáles son los nuevos retos? *Gestión*. <https://gestion.pe/economia/empresas/mil-empresas-en-peru-cuentan-con-compliance-anticorrupcion-cuales-son-los-nuevos-retos-noticia/?ref=gesr>
- VARGAS, G. (2024). *La implementación de compliance como mecanismo de prevención en las adquisiciones de bienes y servicios en estados de emergencia*. [Tesis para obtener el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa]. Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ZAFFARONI, E. (2007). *Manual de derecho penal. Parte general*. Ediar.
- ZUGALDÍA, J. (2017). Teorías jurídicas del delito de las personas jurídicas (aportaciones doctrinales y jurisprudenciales). Especial consideración de la teoría del hecho de conexión. *Cuadernos de Política Criminal*, 2(121), 9-33.