

LA IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL PARA LOS DIRECTORES DE LAS EMPRESAS

Mariella Valcárcel Angulo

Sumario: I. Introducción. II. El panorama empresarial desde donde se realizan delitos. III. El rol jurídico-penal de los órganos de dirección al interior de la empresa. IV. Los deberes exigibles a los directores de las empresas. V. Los programas de cumplimiento y la responsabilidad de los directores de la empresa. VI. Elementos verificables en el modelo de autorregulación y programas de cumplimiento para determinar la responsabilidad de los órganos de dirección. A. Sobre la jerarquía al interior de la empresa. B. Sobre la división de trabajo. C. Sobre la autorregulación. D. Sobre los procedimientos para evitar la criminalidad empresarial. VII. Breve referencia a las previsiones normativas sobre el programa de cumplimiento y responsabilidad penal en el Perú. VIII. A manera de conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En un escenario en el cual se somete a debate la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro modelo normativo, ya sea discutiendo la naturaleza vicarial de la misma o planteando los diferentes modelos de culpabilidad empresarial, el eje de la discusión se centra principalmente en las obligaciones de autorregulación sobre la base de los modelos organizativos.

Esta discusión se genera en un espacio donde la empresa y sus actividades son percibidas como un agente de riesgo frente a bienes jurídicos tutelados por el derecho penal, advirtiéndose la insuficiencia de las previsiones normativas o falta de eficacia de las existentes para viabilizar un adecuado procesamiento y sanción a conductas delictivas. Estas situaciones demuestran una problemática real en donde la empresa juega un rol fundamental en la comisión del hecho delictivo, ya sea siendo un vehículo para la ejecución del mismo o el escenario en donde estas se desarrollan.

Cuando se habla de modelos de autorregulación empresarial, surge la idea de los *corporate compliance programs* o programas de cumplimiento, siempre ligados a la atribución de responsabilidad de la persona jurídica como ente. Las ideas en torno a ellos como elementos de juicio es necesaria para recrear una concepción de culpabilidad propia y atribuible a la persona jurídica, que no se aleje del original concepto de culpabilidad personal e individual, pero a su vez sea distinta.

Si bien el 17 de marzo de 2016 el Congreso de la República ha aprobado la «Ley de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por delitos de cohecho internacional» —la cual ha sido remitida al Ejecutivo para la autógrafa de ley—; sin embargo, su limitada aplicación al delito previsto en el artículo 397-A del CP confirma que en el Perú, salvo dicha excepción, no se regula la responsabilidad penal de la persona jurídica. Por tanto, el modelo aplicable a esta discusión es la de la imputación de responsabilidad penal a los órganos de dirección de las empresas. Esta atribución de responsabilidad debe ser desarrollada en aquellos casos en los cuales se percibe que el hecho se produjo porque el espacio empresarial favoreció o no limitó la posibilidad que sus trabajadores cometan delitos.

Uno de los beneficios de los programas de cumplimiento es su posible uso para dotar de contenido a los criterios de atribución de responsabilidad penal a los órganos de dirección. Ello responde a una toma de posición que permite sostener que los administradores y directores son también responsables si en el seno de la persona jurídica se realizan actos delictivos, porque el modelo organizacional así lo permite.

En la práctica, vemos intentos en los cuales se extiende la imputación a los directivos y administradores de las empresas, careciendo de una construcción

fáctica de su nivel de contribución en el hecho delictivo y, en esa medida, también imposible de medir su nivel de aporte en este.

Si bien existen algunos supuestos en los cuales la norma penal prevé una responsabilidad directa de los órganos de dirección de la persona jurídica, al no haber adoptado medidas suficientes para salvaguardar los bienes jurídicos pasibles de ser lesionados en el quehacer empresarial, esto no sucede en la mayoría de los casos.

Precisamente, este se dirige a rescatar lo que los programas de cumplimiento pueden aportar en la línea de imputación. No se hará referencia a las situaciones en las cuales el hecho delictivo se realiza como resultado directo de la voluntad de los representantes de la empresa.

II. EL PANORAMA EMPRESARIAL DESDE DONDE SE REALIZAN DELITOS

Inicialmente, la apreciación jurídico-penal con la que se evaluaba el tema de criminalidad de empresa y criminalidad desde la empresa partía de un modelo de organización empresarial más elemental, donde existe un único superior jerárquico, que dirige y coordina a sus subordinados. En esa medida, bajo su mando se reúne toda capacidad de decisión, así como toda responsabilidad¹.

Sin embargo, cuanto más compleja es la dimensión de la empresa y el ámbito de su actividad, también lo será su estructura, incorporando y redefiniéndose ante la necesidad de la división de trabajo, la especialización y la descentralización en la toma de decisiones, concluyendo que el modelo de imputación penal originario también resultaba insuficiente².

Por ejemplo, no es lo mismo determinar los niveles de competencia, así como las responsabilidades en una empresa familiar pequeña con no más de veinte trabajadores entre los que se encargan de la actividad productiva, así como el manejo administrativo, que comparte una misma línea de dirección recaída en la gerencia general. En esos casos, el gerente general suele conformar la junta general de accionistas o sesiona directamente con ellos.

En cambio, una situación diferente se presenta en aquellas empresas que cotizan en bolsa, cuyos accionistas suelen estar conformados por *holdings* cuyos capitales se encuentran en países distintos de donde se ubica la casa matriz. La empresa es gestionada por un comité ejecutivo a cargo de un presidente y sus vicepresidencias, equipo encargado de dirigir y guiar la compañía definiendo estrategias corporativas alineadas con la visión empresarial. Los vicepresidentes,

1 Montaner Fernandez, 2008, p. 42.

2 *Ibidem*, p. 44.

por su parte, tienen a directores generales, quienes actúan como sus subordinados, cuyo nivel de gestión y decisión se redefine dependiendo si la empresa cuenta con diferentes sedes comerciales y productivas en diferentes países.

Queda claro que la complejidad de cada estructura empresarial determinará los niveles y factores a tener en cuenta para la atribución de responsabilidad. La cercanía a los mecanismos de control y previsión reales y la intensidad de influencia a la esfera en donde se realizó el hecho punible determinará quiénes y en qué medida fueron responsables por la ineficiente organización y gestión de la empresa. No es lo mismo prever y controlar la actuación de veinte trabajadores a la de más de mil trabajadores.

Es necesario tener en cuenta que la comisión de hechos punibles al interior de la empresa está condicionada a la actividad relativa a ella de forma vital. Ya sea que esta radique en el trabajo de tendencia peligrosa, sea cometida por el subordinado en cumplimiento de los fines de la empresa, o sea cometida sobre la base de una decisión autónoma del subordinado³.

Ahora bien, las actividades delictivas realizadas en el seno empresarial presentan peculiaridades en cuanto a la determinación de responsabilidad penal. Se debe tener en cuenta elementos como la división funcional del trabajo y la jerarquía cuando se comete un delito aprovechando la estructura empresarial.

En esas condiciones, resulta compleja la aplicación de criterios de imputación de responsabilidad penal generalmente admitidos en el caso de delitos cometidos en el ámbito de la empresa, pues un propósito que se busca constantemente es la necesidad de hacer responsables a aquellos que ejercen funciones de dirección, a pesar de que no intervengan de forma directa en la ejecución de los delitos cometidos⁴.

En la mayoría de casos, la potencialidad de lesión de bienes jurídicos a partir de la actividad empresarial responde a defectos empresariales que son resultado de una carencia de previsión frente a los riesgos. Ello acarrea una serie de omisiones que de forma conjunta e interrelacionada conllevan a consecuencias lesivas para bienes jurídicos, siendo la naturaleza de la conducta imputada: comisión por omisión y el rol del sujeto imputado al interior de la empresa (el que omite, entiéndase miembro del órgano de dirección)⁵.

La propuesta de la responsabilidad penal de los órganos jerárquicamente superiores tiende a recaer en una imputación deficiente, basada —sin mayores

3 Bottke, 1996, p. 147.

4 En esa línea coinciden Muñoz Conde (2002, pp. 59-97) y Demetrio Crespo (2009, p. 30), entre otros.

5 Zúñiga Rodríguez, 2009a, p. 89.

concreciones— en la exigencia de conocimiento. Ello sin requerir la concurrencia de la posibilidad de actuar ni de evitar el resultado, que se exija la posibilidad de adoptar medidas para evitar potenciales conductas delictivas, no se requiera que estas consistan en actos propios de la competencia del órgano de dirección⁶.

La apuesta por la delimitación de la imputación de los directivos recae directamente en la no evitación de los hechos punibles al interior de la empresa, al comprobarse que estos no realizaron lo que era no solo exigible, sino además posible para evitar la ejecución del delito⁷.

Si partimos de la premisa que la no evitación es entendida como el supuesto de responsabilidad de los directivos, debemos también reconocer una situación de dominio con respecto a la actividad empresarial⁸. Ese es el punto de partida desde donde se diseña el deber de organización, dirección, información y vigilancia que se les atribuye. Este dominio se sustenta en la posición que asumen frente a la obligación de custodia o la prevalencia de su actuación sobre la situación de desamparo del bien jurídico potencialmente lesionable⁹.

III. EL ROL JURÍDICO-PENAL DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN AL INTERIOR DE LA EMPRESA

Como hemos dicho, de la situación de dominio en la que se coloca a los órganos de dirección de la empresa subyace la necesidad que estos actúen en orden a la evitación del resultado¹⁰. Ello se traduce en que, al interior de la empresa, los miembros de los órganos de dirección adoptan una obligación de vigilancia, autorregulación, control de fuentes de peligro y control funcional¹¹.

En esa medida, los órganos directivos serían responsable por no haber evitado de forma alguna que el hecho delictivo se produzca, siempre que se acredite que se encontraban en el ejercicio de una situación concreta de competencia que los obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados¹².

La omisión frente a la no evitación del hecho delictivo es lo que justifica la responsabilidad penal del órgano directivo, en algunos casos en calidad de autor

6 Silva Sánchez, 1995, p. 373.

7 Gracia Martín, 1986, p. 60 y ss.

8 Demetrio Crespo, 2009, p. 96.

9 Schünemann, 2005, p. 29.

10 *Ibidem*, p. 33.

11 Demetrio Crespo, 2009, pp. 166-167.

12 Martínez-Buján Pérez, 2011, p. 469.

(en supuestos que prohíben en causar) o partícipe (cuando corresponden a tipos con medios determinados de ejecución)¹³.

Este diseño de responsabilidad se construye desde la teoría del dominio sobre el resultado. Esta teoría se sustenta en el poder de mando reconocido normativamente (entendiéndose este no solo sobre base legal, sino también en lo previsto en la propia autorregulación empresarial) que es observado al interior de la empresa; lo cual, sumado al control organizacional —cúspide de la pirámide partiendo de un criterio jerárquico— y al funcional —que responde a la división de funciones, planeamiento y distribución de competencias—, permite controlar las acciones de los subordinados al interior de la empresa. De esta manera, los órganos de dirección mantienen un control constante sobre la organización empresarial y sobre las fuentes de riesgo.

Precisamente, el dominio en el que se posiciona a los órganos de dirección dentro de la estructura organizacional empresarial les permite tener un control vertical (jerarquía) así como horizontal (división de trabajo) frente al riesgo que se presenta durante la actividad económica que se realiza¹⁴.

Aquellos que actúan en el rol de dirección asumen un compromiso de actuar como barrera de contención de riesgos. Debe partirse de una idea inicial: al configurarse una empresa y dar inicio a ella, su funcionamiento puede dar inicio a una actividad de riesgo o crear esferas de peligrosidad, de las cuales se debe estar consciente para que la organización prevea deberes para que la esfera de riesgo se encuentre contenida dentro de los límites permitidos.

No basta la previsión de los riesgos y la vigilancia de estos, sino también debe preverse la posibilidad de la creación de nuevos focos de peligro generados por la expansión de la actividad empresarial.

Si bien suelen presentarse diferencias de acuerdo al tamaño y diseño organizativo que se da en la empresa, los directores mantienen un dominio personal en la estructura empresarial. La posición en la que se encuentran con mayor información y conocimiento, ciertamente asegura un mayor posicionamiento del poder de mando. Basado justamente en el poder de mando y la capacidad de información y conocimiento, los mandos de la pirámide jerárquica cuentan con un nivel más intenso de dominio al interior de la empresa¹⁵. Debido a ello, les corresponde asumir el deber de vigilar el correcto desempeño de quienes participan en la actividad empresarial.

13 *Ibidem*, p. 277.

14 Schünemann, 2005, p. 41.

15 Schünemann, 1988, pp. 540-541.

La teoría del dominio sobre el resultado comporta una exigibilidad de responsabilidad del empresario u órgano directivo con respecto a delitos que se ejecutan con oportunidad de la actividad empresarial. El fundamento de imputación:

[...] proviene del nacimiento de unos ámbitos específicos de competencia individual (fruto de la división funcional del trabajo y de la estructura jerárquica), al frente de cada uno de los cuales se halla una persona que pasa a poseer, así, una propia esfera de dominio sobre la organización interna de esa parcela. Por consiguiente, el órgano directivo asume un específico compromiso individual de control o de contenido del riesgos determinados para bienes jurídicos que puedan provenir de los objetos o de las personas sujetas a su supervisión, y con relación estrictamente a las actividades propias de la empresa y a hechos que él esté en condiciones de evitar de acuerdo con su propio ámbito de competencia en el organigrama empresarial¹⁶.

No se pretende que aquellos que asumen un rol directivo y de gestión en la empresa asuman una responsabilidad por toda conducta de sus subordinados. Se debe determinar la esfera real de dominio de estos al interior de la empresa, no la meramente figurativa por su sola condición de director y gestor. El dominio no debe ser entendido como uno solo y únicamente detentado en una cúspide, sino que es compartido y delegado al interior de la estructura organizativa a través de las líneas jerárquicas y políticas de división de trabajo que se implementen.

No en todos los casos la cúspide de la organización se encontró en la mejor condición de controlar la actuación punible del subordinado; en algunos otros casos, su inacción frente a la adopción de medidas contribuyó a crear escenarios propicios que facilitan esas conductas. Solo serán imputables quienes son responsables de las esferas de dominio real y, para ello, deberá identificarse exactamente dónde se produjo la deficiencia, para determinar a quién le correspondía la previsión y el control del riesgo, ya sea a nivel organizacional o de gestión.

IV. LOS DEBERES EXIGIBLES A LOS DIRECTORES DE LAS EMPRESAS

Partimos del supuesto que quienes conforman los órganos de dirección de las personas jurídicas que desempeñan una labor empresarial se encuentran en la obligación de prever y controlar la comisión de conductas delictivas.

16 Martínez-Buján Pérez, 2011, p. 473. De igual forma, cfr. Silva Sánchez, 1995, p. 371 y ss. Estos autores hacen referencia a la posición elaborada por Schünemann referida al dominio sobre el resultado.

El deber de previsión y cuidado, entendido como la adopción de las medidas preventivas necesarias, no se agota con la sola reglamentación interna de las mismas. Estas deben actuar de forma conjunta con las disposiciones autorregulatorias internas, los recursos de supervisión y la adecuación de los manuales internos satisfaciendo la adopción de las medidas preventivas a su vez.

Siendo el caso, el administrador de la empresa ostenta deberes de control, pues este «[...] no solo es responsable por los perjuicios a terceros que se deriven de sus propios actos, sino también de los causados por sus dependientes en el servicio de los ramos que tuvieran empleados, o en ocasión de sus funciones»¹⁷.

Se debe reiterar que los miembros de los órganos directivos afincan su deber de control en su competencia en la organización, la cual radica en la dirección estratégica, por lo que sobre ese campo de acción es donde deben desplegarse los deberes de control y vigilancia¹⁸.

Resulta importante tener en cuenta que, como se señala en el apartado 2, cuanto mayor y más compleja sea la empresa, su modelo organizativo y su gestión requerirán mayores canales de vigilancia. La necesidad del control de riesgo y del entorno peligroso inciden en la necesidad de que se ejercite un control a mayor alcance; el cual deberá ajustarse no solo a las cláusulas generales de regulación, sino también al sector concreto y características en el que se manifiesta el control¹⁹.

Estos deberes requieren una materialización en el marco de la actividad empresarial, que permitan revelar las situaciones en las cuales estos se vienen cumpliendo efectivamente o de forma negligente. El propósito que subyace es la adopción de medidas que impidan la realización de conductas delictivas o faciliten el esclarecimiento del hecho y la individualización de los responsables²⁰.

La incorporación de medidas suficientes que satisfagan estos deberes conlleva también a que no se presenten en la empresa situaciones como delitos culposos por parte de un trabajador o la falta de identificación de un responsable, que revelarían una ausencia o defecto de organización²¹.

Resulta necesario que aquellos a cargo de la dirección empresarial adopten medidas razonables de control y de gestión con el propósito que al interior de la empresa se impida o dificulte la comisión de hechos delictivos. Y, en caso que se comentan conductas delictivas como resultado de comportamientos individuales aislados, se identifique y sancione al responsable, así como se dé la reparación

17 Montaner Fernández, 2008, pp. 166-167.

18 *Ibíd*em, p. 186.

19 *Ibíd*em, p. 169

20 Nieto Martín, 2008a, p. 5.

21 *Ibíd*em, pp. 8-9.

del daño²². Es importante tener en cuenta que el lugar que ocupa dentro de la jerarquía empresarial aquel que delinque, demuestra el grado de defecto organizacional que se presenta al interior de la empresa²³. Mientras más alto se encuentre en la estructura organización aquel que delinque, revela un mayor problema en la gestión empresarial: no es lo mismo que delinca un trabajador cualquiera a que lo haga un alto ejecutivo. Este último, además de sus funciones, adopta una responsabilidad de control y vigilancia de sus subordinados. Por tanto, ese tipo de actuaciones demuestran una falta de inducción suficiente del discurso empresarial dirigido a una política de valores y reforzamiento del código de buena conducta. El hecho se torna más visible y sensible, y ello compromete en mayor medida la imagen empresarial, ya que su desempeño influye en la conducta de sus subordinados. Ejemplos claros son los escándalos por fraude de Kenneth Lay y Jeff Skilling, en el caso Enron, o Calisto Tanzi y Fausto Tonni en cuanto a Parmalat.

Las medidas de prevención y control deben tener en cuenta una valoración del riesgo para diagnosticar los sectores de su actividad donde pueden presentarse conductas delictivas. Este constituye un requisito previo de diagnóstico antes de la elaboración de cualquier mecanismo y dispositivo de control. También resulta ineludible que los directores y aquellos comprometidos en el manejo en las esferas más altas de la empresa, participan y asuman roles directos en la labor de supervisión, no debiendo delegar todo simplemente a terceros auditores o vigilantes²⁴.

V. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS DIRECTORES DE LA EMPRESA

Cuando se hace la referencia a autorregulación, nos referimos a *compliance programs* o programas de cumplimiento y códigos de conducta. Estos permiten evidenciar en qué medida los órganos de dirección, a través de su omisión, facilitaron la producción del hecho delictivo²⁵. En la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por cohecho activo transnacional, con relación al valor de los *compliance programs*, se establece un sistema de doble consecuencia. Por un lado, la exclusión de la responsabilidad administrativa (artículo 17) y, por otro, su atenuación (artículo 12, incisos e y f).

Como mecanismos para contribuir a la imputación, se tendrá que recurrir a elementos operacionales del sistema, tales como programas de la empresa, división

22 *Ibidem*, p. 11.

23 *Ibidem*, p. 18.

24 *Ibidem*, pp. 21-22

25 *Ibidem*, p. 12.

especializada de trabajo, manejo de base de información, entre otros. Estos se configuran como criterios adecuados de determinación de las reglas de imputación de responsabilidad a quienes ostentan el dominio: los miembros de los órganos de dirección de las organizaciones²⁶.

Los *compliance programs* o programas de cumplimiento suelen ser vistos como recursos para evitar la asunción de responsabilidad penal por parte de las personas jurídicas o de los niveles gerenciales de las empresas. Sin embargo, estos también permiten evidenciar que la dirección de la empresa puede descentralizarse a través de una organización, diluyendo en esa medida la responsabilidad penal a todos los trabajadores de la empresa y no solo al ente directivo²⁷.

Los programas de cumplimiento surgen en el nivel de prevención y control ante la necesidad de anticiparse a la responsabilidad penal y tienen por finalidad instaurar políticas de gestión para la mejor práctica posible al interior de la empresa²⁸.

Estos no solo deben ser vistos como limitadores de la responsabilidad sino también como la base de comportamientos omisivos²⁹. Es precisamente en esa línea lo que señalábamos en la introducción; los programas de cumplimiento pueden dotar de contenido a las imputaciones dirigidas de forma intuitiva, a los directores como responsables de ciertos delitos realizados en el ámbito de la empresa.

Los programas de cumplimiento dotan de las herramientas necesarias de previsión, control y vigilancia de las actividades al interior de la empresa. El desconocimiento es apreciado como un apartamiento deliberado de un deber propio de los directores, salvo en aquellos casos en los cuales la posibilidad de previsión fue casi imposible.

Los programas de cumplimiento deberán ser diseñados de forma particular, de acuerdo a las necesidades de la empresa y teniendo en cuenta parámetros como la jerárquica organizativa, los principios de división de trabajo y de confianza y los procesos comunicativos. Las reglas de *compliance* especialmente surten efectos en el caso de los delitos imprudentes. Cuando el autor se desvíe del deber de cuidado delineado en las directivas de la empresa, en este caso no solo se evaluará la responsabilidad del autor responsable, sino también si se adoptaron las correspondientes previsiones para evitar peligros o limitar las posibilidades de concreción de este. Estamos hablando de la violación imprudente del deber

26 García Cavero, 1999, p. 88.

27 Rotsch, 2012, pp. 5-6.

28 *Ibídem*, p. 7

29 *Ibídem*, p. 12.

de vigilancia por parte de los directores, ya que podemos encontrarnos en supuestos de programas insuficientes o implementación suficiente del programa³⁰.

Los modelos de autorregulación y de gobierno en el escenario jurídico-penal se encuentran estrechamente ligados con una perspectiva político criminal que cuenta con antecedentes importantes: *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*³¹ o el DLeg. 230/2001 («*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, del società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica*»)³².

Los parámetros fijados por estas directrices constituyen líneas marcos sobre las cuales la empresa deberá diseñar su programa de autorregulación normativa. A ello es lo que se denomina «autorregulación regulada». En el Perú, una propuesta similar también fue elaborada el año 2002 por la entonces Conasev que, de forma coordinada con instituciones públicas y privadas, redactó el documento titulado «Principios de buen gobierno para las sociedades peruanas», cuyo propósito era constituir un marco referencial³³ aplicativo. Posteriormente, parte de los principios establecidos en el documento fueron adoptados como parte integrante de la regulación a la que se someten las empresas actoras en el mercado de valores, a quienes se les exige detallar sobre el cumplimiento de estos en sus memorias anuales.

Las actividades concretas que corresponden a los órganos de dirección que pueden acarrear responsabilidades penales son aquellas ligadas a la adopción eficaz y previa de modelos de organización y gestión que incluyan medidas de vigencia y control idóneos para prevenir delitos al interior de la empresa. Asimismo, resulta ineludible la implementación de mecanismos de supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo por parte de un órgano interno autónomo.

Un adecuado empleo de estos modelos de autorregulación fundamenta una responsabilidad penal de los directivos por el dominio de sus decisiones,

30 *Ibidem*, p. 14.

31 Programa que prioriza el establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal, la implementación y mejora del programa de cumplimiento, el nombramiento del oficial de cumplimiento, las evaluaciones e informes periódicos de auditoría, sanciones a empleados que incumplen las directivas de conductas, el establecimiento de medidas de respuesta ante situaciones de incumplimientos detectados para prevenir conductas similares en el futuro, etc.

32 Donde invoca la adopción de modelos organizativos y de gestión que prevengan que se cometan delitos. Exige la identificación de las actividades de riesgo a las que puede estar expuesta la empresa, la implementación de procesos comunicativos y de información y la presión de un sistema de sanciones, entre otros.

33 García Caveró, 2014, p. 20.

ya que expresamente se delimita las competencias y alcances del ejercicio del dominio que detentan los órganos de dirección³⁴.

En otros términos, será necesario que se verifique que los órganos de dirección promovieron la implementación de: a) normas de comportamientos, b) mejora de los sistemas de información, c) designación de personas u órganos de cumplimiento, d) exigencia de controles externos de auditoría del sistema de autorregulación, y e) obligación de transparencia. Estas medidas no solo deben ser implementadas, sino que deben ser exigibles y eficaces.

La falla en el sistema y por consecuencia la responsabilidad de los directores se presentaría en el caso que se cometan delitos que habrían sido evitados, o al menos se hubiera dificultado, habida cuenta que se omitieron adoptar las medidas de prevención, vigilancia y control; o estas fueran adoptadas de forma defectuosa o insuficiente, incumpliendo la diligencia debida que la función de dirección exige.

Cuando nos referimos a los órganos de dirección no solo nos referimos a los que formalmente desempeñan ese rol al interior de la empresa, sino también a los órganos de facto o de hecho, ya que a ellos también se les extiende la obligación del debido control; ello en vista a que ostentan las mismas facultades de organización y de control dentro de la empresa y se les debe exigir la misma obligación del debido control y prevención.

VI. ELEMENTOS VERIFICABLES EN EL MODELO DE AUTORREGULACIÓN Y PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO PARA DETERMINAR LA RESPONSABILIDAD DE LOS ÓRGANOS DE DIRECCIÓN

Como hemos afirmado en párrafos anteriores, uno de los objetivos principales de los programas de cumplimiento es el impedimento de hechos delictivos. Dichos programas están dirigidos tanto a evitar la comisión de un delito por acción (al permitir identificar al responsable directo), así como por omisión (dirigido a quienes cuentan con los deberes jurídicos de control y vigilancia).

Pero, ¿cómo estos contribuyen a dotar de contenido y determinar el nivel de responsabilidad de los directores? La respuesta se encuentra al analizar los elementos de los programas de cumplimiento. En particular, son los referidos a la fundamentación de la responsabilidad de los niveles jerárquicos por los objetivos empresariales fijados, los procedimientos para evitar la criminalidad empresarial y la fijación de responsabilidad de los niveles altos, medios y hacia abajo.

34 García Cavero, 1999, p. 89.

Los programas de cumplimiento deben permitir conocer la estructura orgánica de la empresa y el alcance de las funciones y responsabilidades de cada uno de los estamentos basados en la política de división de trabajo que rige en la empresa.

A. Sobre la jerarquía al interior de la empresa

El hecho que una empresa cuente con una estructura jerárquica no se limita, exclusivamente, a la idea de la línea de mando que determina las actuaciones de los sujetos subordinados. Si partimos de la idea de una organización empresarial moderna, podemos referirnos a aquellas en las que un grupo de personas que intervienen de forma conjunta, con ámbitos de competencia heterogéneos y vinculados a un objeto común, puede estar articulada también bajo una estructura jerarquizada³⁵.

La jerarquía puede ser vista desde dos perspectivas: la primera de ellas es la que se limita a la construcción piramidal de mando; la segunda, ligada a la operatividad de la empresa, condiciona las esferas de responsabilidad de los participantes en la actividad empresarial. Cualquiera sea el caso, toda actividad en conjunto requiere la presencia de una figura de mando en la realización de la actividad que funcione como engranaje para mantener la cohesión entre los miembros de la agrupación. En conclusión, la jerarquía aporta una estructura ordenada y un poder de organización³⁶.

La estructura jerárquica en la empresa delimita los centros de autoridad y los ámbitos de competencia de cada uno de los estamentos y colaboradores de la empresa. Los órganos de dirección de la empresa siempre ocuparán las posiciones superiores jerárquicas; pero debajo de ellos habrá también otros órganos que, si bien siguen las directrices de los que gestionan la empresa, estos a su vez mantienen un nivel de autonomía mayor que otros miembros de la empresa. Mientras se descende de la estructura organizativa jerárquica de la empresa, será menor el ámbito de competencias, autonomía y capacidades decisorias de los sujetos³⁷.

Conociendo la estructura jerárquica de la empresa, se podrá identificar en dónde se produjo la conducta delictiva y por responsabilidad de quién o quienes, ya sea de forma activa o por omisión. Si la mala organización de la empresa no permite reconocer el escenario donde se produce el hecho delictivo y el responsable, ello demuestra una falla en la organización y, por consiguiente, una responsabilidad de quien la dirige.

35 Montaner Fernández, 2008, p. 76.

36 *Ibidem*, p. 77.

37 *Ibidem*, p. 81.

B. Sobre la división de trabajo

Resulta importante tener en cuenta que, a pesar de que se realice una división de trabajo en el marco de la necesidad de la actividad, ello no debe implicar que las funciones provenientes de los deberes de supervisión, vigilancia y control deban ser mermadas. Si bien parte de ellas puedan ser delegadas a terceros con competencia técnica, ello no debe desligar a los órganos de dirección de su obligación (sobre todo partiendo del hecho que sobre ellos siempre se mantiene el dominio, sin mayor menoscabo por la sola delegación); además, porque siempre se encontrarán en posibilidad de contar con la información relevante y cumplir con los deberes organizativos, de control y de vigilancia³⁸.

No hay que olvidar sobre la responsabilidad penal, sobre la base de las competencias funcionales de los directores, que:

[...] el superior jerárquico no solo responde por riesgos no permitidos directamente creados por este, sino también por los de sus subordinados. La responsabilidad penal se estructura [...] con base en las competencias de organización sobre riesgos no permitidos [...] lo importante no será [...] determinar cuándo se trata de un hacer activo y cuando de un hacer omisivo, sino cuando un output es imputable a la esfera de organización del miembro de la empresa por la infracción de deberes de aseguramiento o de salvamento y como se fundamentan tales deberes³⁹.

A manera de conclusión de estos dos puntos, deberá asumir la responsabilidad aquel directivo que, estando obligado a hacerlo (por la posición que ocupa en la estructura) y en capacidad real (el alcance de sus funciones lo coloca en una condición factible), no cumplió con su función de prevenir, controlar y vigilar que sus subordinados no realicen hechos punibles en el desempeño de las labores que realizan al interior de la empresa.

C. Sobre la autorregulación

Una de las propuestas más comunes como medida inicial de prevención es que en la empresa se desarrollen códigos de conducta o éticos que prevengan comportamientos que aumente riesgos a la actividad empresarial desarrollada, a nivel personal o colectivo, que se presenten en la estructura empresarial⁴⁰. A ello se denomina «autorregulación».

38 Feijoo Sánchez, 2007, p. 190.

39 García Cavero, 1999, p. 91.

40 Zúñiga, 2009a, pp. 174-175.

Ello requiere diseñar un discurso empresarial responsable y coherente con una política de valores que debe estar recogida en códigos de conducta y lineamientos de buenas prácticas, los cuales deben ser difundidos a través de procesos de inducción en los trabajadores de la empresa.

Esta autorregulación debe contemplar planes generales de actuación —los cuales deben ser vistos como fines o metas trazadas— para todas las áreas que componen la unidad empresarial, siendo este el medio que se empleará para que las primeras se concreten. Esta programación debe ser elaborada partiendo de la empresa como una unidad, por lo que debe ser prevista y observada por todas las áreas de la empresa.

También estos programas deben asignar las labores de los miembros, determinando el ámbito de competencias de cada área y escalón de la estructura empresarial (incluyendo las competencias de coordinación, control y vigilancia), así como la conexión entre cada una de ellas. La autorregulación y los programas empresariales son solo una parte de la complejidad de un gobierno corporativo. Estos deben reafirmar la posición de los órganos de dirección, reconociendo los deberes de estos para impedir los hechos delictivos realizados por sus empleados, haciendo más concreto y visible la imputación, en particular en caso de conducta omisiva, con la puesta en peligro o lesión al bien jurídico⁴¹.

D. Sobre los procedimientos para evitar la criminalidad empresarial

Las medidas no se agotan únicamente en la normativización de la conducta idónea a desarrollarse en la empresa, a ello le sigue también la necesidad de implementar estamentos de control y vigilancia a través de los recursos de supervisión y la adecuación de los manuales internos, satisfaciendo la adopción de las medidas preventivas a su vez. Estas medidas de vigilancia consisten en la instauración de sistemas de información para el descubrimiento de delitos a través de controles internos, la implementación de sistemas de informantes o *whistleblowers*, así como de oficiales de vigilancia permanentes; además, las auditorías externas periódicas también permiten el cumplimiento satisfactorio del deber de vigilancia y control exigible a los órganos de dirección⁴².

Algunas propuestas de autorregulación suelen también incorporar un procedimiento administrativo —privado de corte sancionador— al interior de la empresa, con la finalidad de sancionar la infracción a las normas de comportamiento

41 Nieto Martín, 2008a, p. 12.

42 *Ibidem*, p. 16.

procedentes de la autorregulación, constituyéndose ellas como desincentivos a los trabajadores de realizar conductas de mayor gravedad, como son las penales⁴³.

Concluimos así que, una vez que las responsabilidades funcionales salgan a la luz, ante la inobservancia o carencia de estas medidas —y como consecuencia la infracción de los deberes de cuidado, control y vigilancia, ya sea de forma dolosa o imprudente— podremos relacionarlas con la puesta en peligro o lesión del bien jurídico por parte del subordinado; con ello se podrá establecer cómo la omisión del directivo facilitó la comisión del hecho delictivo.

VII. BREVE REFERENCIA A LAS PREVISIONES NORMATIVAS SOBRE EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD PENAL EN EL PERÚ

Como mencionamos a manera de introducción, a la fecha, la discusión sobre la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas ha sido introducida en varias propuestas legislativas. Estas propuestas prevén la incorporación normativa de los modelos de prevención, en el marco de discutir los supuestos de atribución de responsabilidad directa a la persona jurídica⁴⁴. Sin embargo, ello no niega el aporte que su implementación ofrece para la construcción de criterios de imputación individual de responsabilidad a quienes detentan las capacidades y funciones de dirección y gestión de la empresa.

En el Perú, no solo en el sector del mercado de valores, ya se exige la obligatoriedad de implementación de programas de cumplimiento normativo; sino también en cuanto a la protección del medioambiente, la seguridad en el trabajo o el lavado de activos. En esos sectores, las empresas están obligadas legalmente a adoptar e implementar principios de buen gobierno corporativo y programas de cumplimiento⁴⁵.

Las referidas propuestas legislativas contemplan la incorporación de medidas preventivas con respecto a la identificación de las actividades o procesos que la empresa realiza y que puedan generar o incrementar riesgos de comisión de delitos,

43 *Ibidem*, p. 14.

44 Proyecto de ley 4054/2014-PE, presentado por el Poder Ejecutivo a la presidencia del Congreso de la República, que propone establecer la responsabilidad penal autónoma de las personas jurídicas en casos de delitos de corrupción. También ha sido incluido en el predictamen de reforma del Código Penal, a cargo de la Comisión de Justicia del Congreso de la República, que lo incluye en la sección VIII del proyecto de nuevo Código Penal. En ambos —la propuesta legislativa y el proyecto de nuevo Código Penal—, se prevé la adopción de modelos de prevención.

45 García Cavero, 2014, p. 22.

así como el establecimiento de mecanismos que permitan a los trabajadores que intervienen en esos procesos realizar sus actividades de forma tal que prevengan la comisión de estos hechos. También incorpora la necesidad de identificar los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan prevenir la utilización de la empresa para realizar conductas delictivas; así como el establecimiento de sistemas de denuncia, persecución e imposición de sanciones internas a quienes incumplan las medidas previstas en el modelo de prevención.

El modelo no se agota solo en las medidas de prevención. Postula también la implementación de mecanismos de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención y la designación de un órgano de la empresa, autónomo en relación a la administración, que se encargue de la función de auditoría interna de prevención.

Las medidas previstas en las propuestas enumeran, en líneas generales, en lo que se deben traducir los deberes de previsión, control, vigilancia y sanción, asumidos por quienes dirigen y gestionan la empresa. No hay que olvidar que, propuestas como la responsabilidad autónoma de la persona jurídica, surgen ante la necesidad de que estas respondan cuando sus órganos o representante no han tomado las suficientes medidas para garantizar que su actividad económica se realice de forma ordenada y no delictiva.

Sin embargo, independientemente de que se apruebe o no la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es necesario identificar y establecer criterios de responsabilidad de aquellos a cargo del negocio, en los casos en que intuitivamente se advierte que la conducta delictiva de sus subordinados no hubiera sido posible si la gestión y organización de la empresa a su cargo no la hubiera facilitado.

En cualquier caso, la exigencia normativa de implementación de estos programas de cumplimiento o modelos de prevención (como se les denomina en las propuestas legislativas) permite dotar de contenido a un escenario de vacío e insuficiencia, para construir supuestos de atribución de responsabilidad a los directores y gestores de las empresa.

VIII. A MANERA DE CONCLUSIÓN

- La justificación de atribuir responsabilidad a los directivos de la empresa se sustenta en el dominio que estos detentan al interior de la misma (tanto orgánica como funcionalmente), por lo que sobre ellos recae deberes de cuidado, control y vigilancia.
- Los directores de la empresa cuentan con la posibilidad de actuar en orden a evitar el resultado, así como tienen el deber de impedirlo. La responsabilidad

de estos por no evitar que el hecho delictivo se ejecute solo es imputable siempre y cuando se acredite que estos se encontraban en el ejercicio de una situación concreta de competencia que los obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados en la cadena jerárquica de la empresa.

- La responsabilidad de quienes dirigen y gestionan la empresa se justifica en el dominio sobre la causa del resultado. Este dominio cuenta con una esfera material, circunscrita a los elementos y procedimientos peligrosos en el marco de la actividad empresarial (a donde se dirige su deber de control y coordinación). Asimismo, también cuenta con una esfera personal, por lo que la relación del directivo con respecto a sus subordinados se basa en el principio de jerarquía, colocándolos en la cúspide de la pirámide organizacional y dotándoles de la capacidad de mayor información y conocimiento, lo que ciertamente asegura un mejor posicionamiento del poder de mando.
- La atribución de responsabilidad de los directores conduce a reconocer que su deber de vigilancia y control como superior frente a sus subordinados responde por el dominio que tiene respecto al bien o procedimiento peligroso, así como al interior de la estructura empresarial.
- La necesidad de diseñar estas medidas dirigidas a garantizar el adecuado cumplimiento del deber de control y vigilancia son manifestaciones del compromiso que asumen quienes detentan la posición de dirección, gestión y mando al interior de la empresa.
- La autorregulación empresarial permite aclarar cómo se configura la organización de la actividad empresarial y dilucidar las actuaciones de los directores en diferentes esferas como barrera de contención de riesgos.
- Los programas de cumplimiento permiten también contrastar si el comportamiento delictivo de un subordinado fue individual y aislado, de forma imprevisible; o si, por el contrario, esto se debió a un defecto en la organización por la falta o ineficaz adopción de medidas de prevención, vigilancia y control.
- Los directores de una empresa de hecho o de derecho son responsables penalmente por dejar de apoyar las medidas para evitar la comisión de delitos, entendidas ellas como la implementación de programas de cumplimiento, cuando se verifica que la realización del delito fue como consecuencia de ello.