

## Revista Oficial del Poder Judicial

ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ

Vol. 15, n.º 19, enero-junio, 2023, 137-162

ISSN: 2663-9130 (En línea)

DOI: 10.35292/ropj.v15i19.705

# El *compliance* penal: un mecanismo que ayuda a la prevención de la corrupción en las contrataciones del Estado

Criminal compliance: A mechanism to help prevent corruption in State procurement

*Criminal compliance*: um mecanismo para ajudar a prevenir a corrupção nas contratações do Estado



JAIME GERÓNIMO DE LA CRUZ  
Corte Superior de Justicia de Huánuco  
(Huánuco, Perú)

Contacto: [jgeronimo@pj.gob.pe](mailto:jgeronimo@pj.gob.pe)  
<https://orcid.org/0000-0002-9899-7552>

## RESUMEN

La presente investigación surge ante la necesidad de frenar el crecimiento de la corrupción que ocurre dentro de las instituciones públicas, específicamente, en las contrataciones del Estado. En la actualidad, es evidente que la corrupción se ha expandido a todos los rincones del sector estatal, llegando incluso a consolidarse en los aparatos más complejos del Estado como son las contrataciones

públicas, donde se destina una gran cantidad de dinero para alcanzar un fin colectivo; sin embargo, tal fin social queda truncado por los actos de corrupción que se llevan a cabo dentro de la entidad pública al momento de ejecutarse las contrataciones. En tal sentido, a fin de frenar dichos actos ilícitos en las contrataciones públicas, cabe la necesidad de supervisar las actuaciones de los agentes que llevan a cabo la contratación, surge así la figura del *compliance* penal como una solución para frenar este problema social, configurándose como un programa de cumplimiento normativo que reduce el riesgo de actos de corrupción.

**Palabras clave:** *compliance* penal; corrupción; contrataciones públicas; meritocracia y transparencia.

**Términos de indización:** Administración pública; corrupción; derecho de los contratos; derecho penal (Fuente: Tesaurus Unesco).

### **ABSTRACT**

This research arises from the need to reduce corruption within public institutions, specifically, in government procurement. At present, it is clear that corruption has reached every sector of the government, even in the most complex government systems, such as public procurement, where a large amount of money is spent to achieve a collective goal. However, such a social goal is cut short by corruption acts within public agencies when executing contracts. In this regard, to stop such illegal acts in State procurement, it is necessary to supervise the actions of procurement agents. Criminal compliance thus emerges as a solution to curb this social problem in the form of a regulatory compliance program designed to reduce the risk of corruption acts.

**Key words:** criminal compliance; corruption; public procurement; meritocracy and transparency.

**Indexing terms:** public administration; corruption; contract law; criminal law (Source: Unesco Thesaurus).

## RESUMO

A presente investigação decorre da necessidade de reduzir o crescimento da corrupção que ocorre dentro das instituições públicas, especificamente nas contratações do Estado. Na atualidade, é evidente que a corrupção foi propagada a todos os cantos do setor estatal, mesmo se consolidando nos aparelhos estatais mais complexos do Estado, como as contratações públicas, onde destina-se uma grande quantidade de dinheiro para alcançar um fim coletivo; no entanto, esse objetivo social é truncado pelos atos de corrupção que são levados a cabo no interior da entidade pública no momento da execução das contratações. Nesse sentido, para impedir tais atos ilícitos nas contratações públicas, há a necessidade de fiscalizar a atuação dos agentes que realizam a contratação, assim, a figura de *compliance* criminal surge como uma solução para deter esse problema social, configurando-se como um programa de cumprimento regulamentar que reduz o risco de atos de corrupção.

**Palavras-chave:** compliance criminal; corrupção; contratações públicas; meritocracia e transparência.

**Termos de indexação:** Administração pública; corrupção; direito contratual; direito penal (Fonte: Tesouro Unesco).

**Recibido:** 06/03/2023

**Revisado:** 19/04/2023

**Aceptado:** 19/04/2023

**Publicado en línea:** 14/06/2023

**Financiamiento:** Autofinanciado.

**Conflicto de interés:** El autor declara no tener conflicto de interés.

**Revisores del artículo:**

Leyla Ivon Vilchez Guivar de Rojas (Contraloría General de la República del Perú, Perú)

lvilchez@contraloria.gob.pe

<https://orcid.org/0000-0003-1081-7922>

Alexei Dante Sáenz Torres (Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú)

asaenz@unmsm.edu.pe

<https://orcid.org/0000-0002-8467-7072>

## **1. INTRODUCCIÓN**

No resulta extraño que, actualmente, al encontrarnos ante un mundo globalizado se exija que las actividades que ejecutan los seres humanos estén en constante evolución toda vez que, a diario, como parte de nuestra naturaleza humana nos centramos en mejorar nuestras cualidades ya sean buenas o malas para la sociedad. En esa línea de ideas, la delincuencia que conocemos hoy en día no es la misma de hace tiempo atrás, ya que la criminalidad se ha transformado a tal punto de que sus actos ilícitos son desarrollados dentro del seno de una institución pública. Así, la persona natural utiliza como medio a la persona jurídica para cometer sus actos ilícitos.

Ante este hecho innegable y lamentable, la corrupción ha tomado fuerza cada vez más a tal punto de enraizarse en las contrataciones del Estado, proceso de contratación en el cual debería resaltar el principio de transparencia y la meritocracia; es decir, lo que debe primar son los méritos y no factores externos: influencia o contactos. Por tanto, un proceso de contratación ha de ser ajeno a todo acto de corrupción entre el contratante (institución pública que requiere un servicio o bien) y el contratista (empresa privada que brinda un servicio o bien), «que gane el mejor». Sin embargo, la realidad nos ha demostrado que en las contrataciones del Estado prima el amiguismo, el compadrazgo, el favoritismo y el nepotismo. Ello significa que la balanza de igualdad de condiciones que debería primar en un proceso de contratación se inclina a favor de un determinado grupo de personas, lo que perjudica a los demás concursantes.

Entonces, surge la necesidad y la urgencia de que el derecho, como ciencia que define o direcciona la conducta del ser humano, esté a la par de la criminalidad organizada que se desenvuelve

dentro de las instituciones públicas. En tal sentido, debemos dejar atrás la idea de que solo basta controlar y sancionar el comportamiento de la persona natural, ya que, actualmente, la creación de una persona jurídica está siendo desnaturalizada para cometer actos ilícitos. Por ende, el ordenamiento jurídico debe supervisar las actividades que se desarrollan dentro de una persona jurídica; para tal fin la figura del *compliance* penal resulta ser un mecanismo idóneo para combatir y frenar la corrupción que se desenvuelve dentro de las contrataciones del Estado, pues exige que toda institución tome la iniciativa para implementar mecanismos de cumplimiento normativo; es decir, evitar que dentro de ella se incurra en la comisión de delitos y detectar aquellos actos ilícitos que se han cometido para su posterior denuncia y la sanción correspondiente.

## **2. UNA APROXIMACIÓN AL TÉRMINO CORRUPCIÓN**

Para poder abordar la problemática tratada es necesario entender a la corrupción como tal. En esa línea de ideas, la palabra corrupción no tiene un significado único, sino que existen multiplicidad de definiciones realizadas por diversos autores. Así, tenemos que

La corrupción se da cuando alguien que detenta el poder encargado de hacer ciertas cosas [...] es inducido mediante recompensas monetarias o de otro tipo [...] a realizar acciones que favorecen a quien ofrece la recompensa y en consecuencia dañan al grupo o a la organización a la que el funcionario pertenece. (González Llaca, 2005, p. 50)

Por otra parte, Peters (2018) la define como «el abuso del poder encomendado para beneficio particular. Tal abuso puede ocurrir en el nivel de la administración y los servicios públicos cotidianos (“corrupción menor”) o en los cargos políticos de alto nivel (“gran corrupción”)» (p. 28).

De igual forma, se puede entender por corrupción «el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público» (Montoya, 2015, p. 18). Finalmente, la corrupción es «todo acto tendiente a causar un daño, una alteración o un vicio sobre una cosa determinada, en general se le considera como el aprovechamiento indebido de la administración de un patrimonio común» (Zavala, 2013, p. 17).

Ahora bien, de las definiciones brindadas podemos resaltar tres elementos de la corrupción:

- i. Antijurídico, todo acto corrupto del ser humano es contrario al ordenamiento jurídico.
- ii. Interés particular, la persona que comete actos de corrupción los realiza para obtener un beneficio privado o para terceros.
- iii. Abuso de una función, la persona que comete actos de corrupción se vale de la función pública que el Estado le ha asignado y a la vez lo defrauda.

En consecuencia, la corrupción puede ser definida como aquellos actos ilícitos que desnaturalizan el poder encomendado por el Estado para fines (pecuniarios o de otra índole) netamente privados, ya sea para uno mismo o para terceros, generando un daño social irreversible.

### **3. DEFINICIONES DE CONTRATACIÓN DEL ESTADO**

Para una definición exacta sobre las contrataciones del Estado es necesario citar a Guzmán (2015): «Los contratos del Estado son aquellos que celebran los órganos de la Administración para el cumplimiento de los fines competenciales que les incumben» (p. 8).

En esa línea de ideas, una contratación del Estado se celebra para alcanzar fines, netamente colectivos, es decir, en beneficio de la sociedad.

Por su parte, Córdova (2009) señala que

Significa una contratación pública de mercancías, servicios o ambos, los cuales son contraídos a través de cualquier medio contractual, incluyendo la compra, el alquiler o el arrendamiento, con o sin opción de compra, contratos de construcción y contratos de concesiones de obras públicas, incluyendo a la contratación pública cubierta de adquisición de productos digitales. (p. 20)

De las dos definiciones brindadas podemos extraer la importancia de las contrataciones del Estado en la sociedad. Así, cuando este realiza una contratación con un particular lo hace con el fin de satisfacer un interés general; por ejemplo, cuando se ejecuta una contratación pública respecto a la construcción de pistas y veredas se hace con la finalidad de mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Sin embargo, es menester aclarar que, actualmente, está desfasada la idea de que el interés general está por encima de los intereses particulares. De este modo, podemos observar que el artículo III del Título preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General dispone: «La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados». Entonces, las contrataciones del Estado, hoy en día, deben entenderse como la obtención de una correcta ponderación entre los intereses de los administrados y el interés general buscado, y ambos deben estar tutelados por el ordenamiento jurídico (Morón, 2017, p. 58).

Entonces, no cabe duda de la trascendencia que tienen las contrataciones del Estado en la vida de cada persona. Por tal motivo, dichas contrataciones deben celebrarse y ejecutarse con observancia a los principios que rigen en las contrataciones del Estado a fin de que se lleven con total transparencia, objetividad e imparcialidad.

## **4. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

### **4.1. Principio de promoción del desarrollo humano**

Este principio predica que la contratación pública tiene como fin coadyuvar al desarrollo humano en una sociedad; es decir, a través de la inversión estatal en obras, bienes o servicios se estaría generando una mejora de los estándares de vida de la sociedad. A *contrario sensu*, como indica Guzmán (2009): «la contratación administrativa realizada de manera deficiente perjudica dicho desarrollo humano, puesto que implica un uso indebido de los recursos que son empleados para satisfacer necesidades públicas» (p. 206). Un ejemplo de lo citado se observa en la construcción de un hospital, cuando por temas de actos de corrupción esta obra se paraliza, perjudicando a la población y privándola de su derecho al acceso a la salud. Otro caso donde podríamos ejemplificar lo anotado es en la construcción de una sede del Poder Judicial, netamente para los juzgados de familia, que por cuestiones de corrupción se interrumpe, con ello se priva a miles de madres y niños de su derecho a demandar por alimentos a su progenitor.

### **4.2. Principio de imparcialidad**

Según este principio, las decisiones de los funcionarios o servidores públicos encargados de la contratación pública deben estar sujetas a criterios objetivos y con sustento en la norma jurídica (Morón y Aguilera, 2019, p. 77). Por ejemplo, en los concursos para

postular como juez de paz letrado, si se desea favorecer a determinada persona se adiciona un requisito especial que no está contemplado en la Ley n.º 29277, Ley de la Carrera Judicial, transgrediendo así el principio de imparcialidad.

#### **4.3. Principio de transparencia**

Tal principio exige que todo proceso de contratación debe estar sujeto a criterios objetivos y accesibles a los postores; en consecuencia, para una mayor transparencia en las decisiones tomadas al interior del proceso de contratación, los postores tendrán acceso a la documentación correspondiente. En esa línea de ideas, comenta Moraga (2007):

La administración debe publicitar [...] la información básica relativa a sus contrataciones. Por cierto que dicha información debe ser completa y oportuna, refiriéndose a los llamados a presentar ofertas, recepción de las mismas, aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, así como los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras. Con lo anterior, se da un paso fundamental en la transparencia del sistema: se pone a disposición de los interesados información suficiente, permanente, oportuna y útil, a través de un medio de fácil acceso y de bajo costo o sin cargo. (p. 252)

#### **4.4. Principio de igualdad de trato**

Para Rodríguez (2011) este principio «impide, según el TJCE, que el poder adjudicador tenga en cuenta una modificación realizada por un licitador, porque tal situación provocaría una situación de ventaja para uno de los oferentes» (p. 51). En esa línea de ideas, la transgresión al principio de igualdad de trato sería una clara forma

de discriminación; por tanto, está prohibido que dentro de una contratación del Estado se aplique algún criterio de distinción.

## **5. CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Un escenario donde se desarrollan actos de corrupción por la discrecionalidad y la facultad desmedida de los individuos investidos por un cargo público o político es en las contrataciones del Estado; en estas se manejan grandes sumas de dinero que pese a estar destinadas a un interés general o un fin colectivo son desviadas a intereses netamente particulares.

En ese sentido, comentan Scheller y Silva (2017):

Durante las etapas de contratación: precontractual, contractual, ejecución, poscontractual, de liquidación, etcétera; pueden presentarse actos de corrupción, debido a la amplia potestad que tiene el funcionario a cargo en: la elaboración de los documentos y estudios previos, los análisis de mercado y del sector; y los pliegos de condiciones en los que se incluyen los factores de selección, ponderación y demás documentos. Las facilidades de manipular las condiciones y direccionar los procesos son demasiado altas y por supuesto, con altos beneficios, de la misma manera que resulta adjudicar procesos con personas jurídicas o naturales; procesos estos que finalmente no se van a ejecutar pues, en muchos de los casos, la remuneración recibida por la comisión de la infracción penal y disciplinaria es más alta que las sanciones impuestas en la ley para estas, o en el peor de los casos, la escasa posibilidad de ser procesado y sancionado. (p. 14)

Entonces, el fenómeno de la corrupción es un hecho innegable que se presenta en las diferentes etapas de las contrataciones del Estado. Por tanto, tratar de erradicar de forma total esta

problemática es una utopía inasequible toda vez que la corrupción pareciera ser intrínseca de la persona humana; sin embargo, pese a esta amarga realidad se tienen que ejecutar mecanismos coordinados para reducir el índice de corrupción en las contrataciones del Estado, ya que son procesos de contratación de suma trascendencia social; y, por ende, los actos de corrupción tienen que ser nulos.

En tal sentido, no cabe duda de la importancia de prevenir estos actos de corrupción en las contrataciones del Estado por la gran cantidad de dinero que se mueve para fines colectivos, en caso contrario, los efectos serían perjudiciales no solo para el Estado como ente regulador, sino también para la propia población civil, la figura del *compliance* penal es la óptima para combatir la corrupción.

Las políticas de *compliance* han ganado terreno en el ámbito de la contratación pública. La incorporación de planes de cumplimiento suscribe un compromiso expreso por parte de todo proveedor interesado en contratar. Estos pactos de integridad refuerzan la cultura del cumplimiento, procurando advertir preventivamente cualquier eventual quiebre de la ley y, a su vez, contar con herramientas idóneas para la detección, gestión interna y denuncia en aquellos casos donde se hayan producido irregularidades. (Quispe, 2022, párr. 11)

## **6. COMPLIANCE PENAL**

Velasco y Saura (2016) entienden por *compliance* penal

Al cumplimiento normativo, a la cultura de ética corporativa y al sometimiento a la ley en cualquiera de sus ámbitos por parte de las empresas. De manera que dicho término incluye desde la normativa de otros países para impedir situaciones de cohecho o blanqueo de capitales en las transacciones internacionales, hasta cualquier tipo de normas dirigidas

a la persona jurídica de las que en nuestro país regulan su funcionamiento, incluyendo los riesgos penales, laborales, etc. (p. 35)

Otra definición que resulta interesante es dada por Artaza (2013), quien afirma que el programa de cumplimiento normativo «consiste en el conjunto sistemático de esfuerzos llevados a cabo por los integrantes de la empresa tendentes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por esta no vulneren la legislación aplicable» (p. 118). Desde un punto más general, se puede entender al programa de *compliance* penal como aquel documento preciso en el que se describe cómo se van a ejecutar en la institución las obligaciones y los compromisos que han pactado en su política interior. Asimismo, debe estar provisto de diversos elementos o mecanismos necesarios para hacer efectivos los compromisos que conlleva y cumplir exhaustivamente con los requisitos normativos (Enseñat, 2016, p. 36).

Por su parte, Gallego (2014) sostiene que dicho programa de cumplimiento normativo se puede entender como

Un conjunto de deberes de actuación y reglas técnicas que tiene que reflejar el «estado de la ciencia» en relación con la diligencia debida de una persona jurídica determinada en aras de la evitación de la lesión de bienes jurídico-penales que se encuentren en su esfera de actuación (interna y externa). (p. 216)

Desde nuestra perspectiva, el término *compliance* penal no solo abarca la prevención de riesgos penales, sino además administrativos, toda vez que la infracción administrativa por el sujeto significa la antesala de la infracción penal (Antich, 2017, p. 20). Desde este punto de vista, el primer plano terrenal que debería importar al ordenamiento jurídico, en aras de prevenir actos de

corrupción en la esfera institucional, sería en la sede administrativa, es decir, supervisar que la persona jurídica haya implementado el programa de cumplimiento normativo.

## **6.1. Elementos del *compliance* penal**

### **6.1.1. Elaboración del programa de cumplimiento normativo**

El primer paso para llevar a cabo el *compliance* penal dentro de una persona jurídica es su elaboración. En tal sentido, comenta Antich (2017):

En la elaboración de un *Programa de cumplimiento penal* deben participar distintas personas. Así de un lado tendríamos al especialista en el diseño de Programa de cumplimientos, tendríamos la persona que se va a encargar de la Función de Cumplimiento en la PJ [persona jurídica] (de dentro de la PJ), tendríamos también a un representante del órgano directivo, y deberían realizarse entrevistas con determinadas personas de la organización. El Programa de cumplimiento es un traje a medida, y las «medidas» deben tomarse con rigor. Cada sector tiene sus particularidades, pero es que además cada PJ tiene su propia idiosincrasia, y por ello la elaboración del Cumplimiento debe ajustarse a esa realidad. (p. 43)

En esa línea de ideas, el primer paso que debe ejecutarse será conocer la organización de la persona jurídica, tanto su estructura como su funcionamiento. Incluso hablar con cada responsable dentro de la persona jurídica y así se irá elaborando el mapeado de riesgos que puedan existir dentro de la persona jurídica. Posteriormente, una vez identificados los riesgos se tendrán que determinar los protocolos necesarios para prevenir, evitar, detectar y reaccionar ante las posibles infracciones. Entonces, una vez

desarrollados los protocolos se tendrá que ver la forma de implementarlos dentro de la persona jurídica.

Un hecho fundamental es que dentro de la persona jurídica se tiene que priorizar la creación de canales de denuncias por medio de los cuales se pongan en conocimiento de la persona jurídica los posibles delitos en los que han incurrido sus integrantes. De igual forma, se tendrán que ejecutar las investigaciones internas para sancionar administrativamente a la persona que incurrió en el delito.

### **6.1.2. Implementación del programa de cumplimiento normativo**

Respecto a este punto, debe tenerse en cuenta que una cosa es adquirir el programa de cumplimiento y otra muy distinta implementarlo dentro de la persona jurídica. En tal sentido, antes de la implementación del programa de cumplimiento normativo se tiene que proyectar en qué etapas se va a ejecutar, qué plazo aproximado va a tomar su concreción, con qué posibles dificultades u obstáculos se enfrentará su implementación, entre otros (Antich, 2017, p. 46).

Por tanto, la implementación del programa de cumplimiento normativo exige de un cálculo y de una determinación de fases, tiempos y controles de funcionamiento. Por ende, no es suficiente la mera idea de adquirir un programa de cumplimiento penal, sino que su efectividad radica en su debida implementación. La omisión de la persona jurídica en implementar el programa de cumplimiento normativo será la clave esencial para que pueda responder penalmente por los hechos ilícitos desarrollados dentro de su organización; por ende, su exención penal dependerá de la implementación del programa de cumplimiento normativo.

### **6.1.3. Contenido del programa de cumplimiento normativo**

Es fundamental que la persona jurídica en la implementación del programa de cumplimiento normativo observe los siguientes contenidos de esta.

### **a) Mapa de riesgo**

Diseñar un mapa de riesgo significa que la persona jurídica tendrá que identificar las actividades cuyo desarrollo podrá ser susceptible de hechos ilícitos, los cuales deben prevenirse a través del programa de cumplimiento normativo.

Ahora bien, el mapeado de riesgos no necesariamente debe ser netamente penal, sino también puede acoger otro tipo de riesgos extrapenales como pueden ser riesgos administrativos. En tal sentido, lo más conveniente y lógico para la persona jurídica es abordar en su mapeo todos los riesgos posibles tanto penales como extrapenales, ya que estos últimos, fuera de generar un perjuicio en la reputación de la persona jurídica, pueden conllevar a la imposición de multas muy exorbitantes para la persona jurídica (Antich, 2017, p. 49).

### **b) Protocolos de adopción de decisiones y códigos éticos**

En este acápite se hace referencia a la creación de controles, protocolos y medidas de actuación con el objetivo de neutralizar los riesgos detectados dentro de la persona jurídica. En tal sentido, una vez que se hayan identificado los riesgos penales y extrapenales, se procederá a crear los protocolos o procedimientos de actuación con el único objetivo de prevenir la concurrencia de delitos dentro de la persona jurídica, así como la sanción correspondiente ante la comisión de estos.

En tal sentido, ante la elaboración del programa de cumplimiento normativo, una vez que se hayan detectado los riesgos posibles, es momento de implementar los mecanismos propios para evitar tales comisiones, protocolizándolo todo por escrito, es decir, documentándolo. Así, por ejemplo, si se detectó un posible riesgo respecto al delito de corrupción entre particulares, se analizará de qué manera aparece el riesgo y cómo puede ser neutralizado, ya sea total o parcialmente (Antich, 2017, p. 62).

Por ende, si se detectan posibles actos de corrupción entre el funcionario y servidor público bien se pueden neutralizar con la instalación de cámaras en el lugar de los hechos para así evitar tales actos de corrupción u otras medidas que considere pertinente la persona jurídica en la implementación del programa de cumplimiento normativo.

### **c) Recursos financieros adecuados**

Este elemento tiene un doble significado, en primer lugar, aduce que el programa de cumplimiento normativo tiene que prever la forma en que se manejarán los recursos financieros, y las operaciones que puedan desarrollarse han de ser registradas cuidadosamente para así detectar con mayor facilidad la comisión de delitos. En otras palabras, se trata de controlar la caja o los fondos de la persona jurídica y quién puede tener acceso a ella. En segundo lugar, implica que el programa de cumplimiento normativo debe contener una previsión, es decir, un presupuesto gestionado acorde con un modelo, con el objetivo de poder realizar lo planificado. En esta segunda cuestión entendemos que la falta de dotación de medios reales para la prevención de delitos es sinónimo de maquillaje (Antich, 2017, p. 73).

Así, Gómez-Jara (2016) también resalta esta doble cuestión al señalar que «Los recursos incluyen recursos financieros y humanos, así como el acceso a asesoramiento externo y a habilidades especializadas, infraestructura organizativa, material de referencia actual sobre gestión de Cumplimiento y obligaciones legales, desarrollo profesional y tecnología» (p. 206).

### **d) Canales de denuncia**

No cabe duda de que el canal de denuncias es un elemento esencial en la implementación del programa de cumplimiento normativo toda vez que sin dicho canal o con uno defectuoso, el programa de cumplimiento normativo no será efectivo. En esa línea de ideas, el

canal de denuncia vendría a ser aquel mecanismo por medio del cual se recogen las denuncias que pueden realizar los empleados, y puede que también proveedores, e incluso terceros ajenos a la persona jurídica, que hayan presenciado o tomado conocimiento de conductas irregulares dentro de la entidad (Antich, 2017, p. 78).

La persona encargada de recibir la denuncia de las personas contra las irregularidades que se desarrollan dentro de la persona jurídica tendría que ser un equipo especializado independiente a la persona jurídica, pero que tenga su sede dentro de ella. Así, no habría lógica en que quien reciba las denuncias sea subordinado de la entidad, ya que en este caso concreto se podrían desarrollar actos de corrupción a fin de archivar tales denuncias. Pensemos, por ejemplo, que determinada persona denuncia al gerente o al presidente de la entidad, no sería lógico creer que tal gerente o presidente tratará de corromper al empleado que recibió la denuncia.

#### **e) Sanciones disciplinarias**

Una vez realizada la denuncia, la persona jurídica tiene la obligación de investigar tales actos de corrupción que ocurren dentro de su organización. En consecuencia, al detectarse a las personas responsables, se tendrán que realizar las sanciones disciplinarias correspondientes y si se determina que las conductas contravienen normas penales, ello se deberá poner inmediatamente en conocimiento de las autoridades competentes a fin de que actúen según sus atribuciones.

### **6.2. Responsabilidad penal de las personas jurídicas**

En primer lugar, es necesario mencionar dos principios que rigen en el derecho penal: fragmentariedad, es decir, el Estado solo sancionará penalmente aquellas conductas que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos importantes para la convivencia social. En esa línea de ideas, cabe preguntarnos si las actividades ilícitas que realizan las personas jurídicas lesionan o ponen en peligro bienes

jurídicos importantísimos para la sociedad. No cabe duda de que la respuesta a la interrogante es un rotundo sí, a causa de las actividades que puedan ejecutar las personas jurídicas, tales como daño a la salud de los consumidores, poner en riesgo la vida de la población por un producto defectuoso puesto en el mercado, contaminación de ríos, entre otros. Entonces, cómo podemos prevenir la delincuencia dentro de una persona jurídica, si las normas penales no se encaminan contra los defectuosos procedimientos o programas de cumplimiento normativo allí institucionalizados.

Ahora bien, no cabe duda de que tanto críticos como defensores de responsabilizar penalmente a la persona jurídica comparten que tales conductas ilícitas deben ser sancionadas por lo menos administrativamente. En esa línea de ideas, comenta González Sierra (2012):

Dentro de la discusión de la necesidad político criminal de responsabilizar penalmente a las empresas, esto es, de considerarlas sujetos de Derecho Penal e imponerles sanciones penales en base a su culpabilidad, se plantearon las tesis que, negando dicha necesidad, no niegan en cambio la diversa de controlarlas por algún otro medio, pues reconocen que a través de las personas jurídicas se cometen múltiples delitos y que en ese sentido tienen una peligrosidad muy importante para la supervivencia de los bienes jurídicos de las personas que viven en sociedad. (p. 72)

Así, los críticos sobre la postura de responsabilidad penal de las personas jurídicas postulan que no pueden responder por los actos de las personas físicas, ya que la persona jurídica no tiene capacidad de acción ni de culpabilidad. Respecto al primero, argumentan que la incapacidad de acción proviene del hecho de que la persona jurídica es solo una ficción creada por el derecho y, en consecuencia, las acciones que se pretende reputar a la persona

jurídica son en realidad acciones provenientes de las personas físicas, quienes son la representación de dicho ente ficticio. Respecto al segundo, aducen que la culpabilidad es, netamente, personalísima, pues por medio de ella se concretiza el reproche social individual al sujeto del delito. Además, la culpabilidad tiene su fundamento en la conciencia y es ello lo que no tiene una persona jurídica (González Sierra, 2012, p. 73). Sin embargo, los acérrimos críticos tendrían que fundamentar las sanciones administrativas y civiles en contra de la persona jurídica, ya que tales sanciones al igual que una sanción penal requieren la demostración de culpabilidad.

### **6.3. Modelos de responsabilidad penal**

#### **6.3.1. Modelo de responsabilidad vicarial**

En Estados Unidos, desde el año 1897, las personas jurídicas responden penalmente por los actos ilícitos que se desarrollan dentro de su organización. Así, en el caso *Coleman vs. Mills* por primera vez se observa que las empresas responden penalmente por las conductas de sus representantes. En esa línea de ideas, Laufer (2006) argumenta que «existen ciertos trabajadores o empleados de la empresa que pueden considerarse la mente y la voluntad directriz de la empresa, el verdadero ego y centro de la personalidad de la empresa» (p. 72). Por ende, la persona jurídica actúa por medio de sus representantes, lo que significa que los motivos y los propósitos de la persona física son en realidad de la persona jurídica. Según la teoría vicarial, la persona jurídica es penalmente responsable de las conductas de sus representados, en la medida que estos últimos realizan las actividades en el marco de sus competencias funcionales y con el objetivo de beneficiar a la persona jurídica.

#### **6.3.2. Modelo del hecho de referencia**

Las características fundamentales de esta teoría son las siguientes: i) un hecho de conexión: la persona jurídica es responsable de las

conductas de la persona física (representante); ii) el actuar dentro del «seno» de la persona jurídica: la conducta contraria al ordenamiento jurídico que despliega la persona física debe llevarse en el marco de la empresa; iii) el actuar en provecho de la persona jurídica: los actos ilícitos deben estar destinados a beneficiar a la empresa y; iv) las conductas que despliega un empleado común (no representante de la persona jurídica) también pueden conllevar a la responsabilidad de la persona jurídica (González Sierra, 2012, p. 166). La teoría de hecho de conexión a diferencia de la anterior no solo defiende la idea de sancionar a la persona jurídica por las acciones ilícitas desplegadas por su representado, sino también por cualquier empleado que labora dentro de la entidad por omisión de deber.

### 6.3.3. Modelo por defecto de organización

Esta teoría exige que el ordenamiento jurídico tipifique taxativamente los delitos en los cuales puede incurrir una persona jurídica. Por tanto, si una ley penal subsumía una prohibición, no a una persona física, sino taxativamente a una persona jurídica; por ende, al ser destinataria de esta, tendría capacidad de acción. En otras palabras, si el legislador direcciona normas penales a las personas jurídicas, se debe a que ellas también pueden producir las consecuencias previstas por la norma; es decir, las personas jurídicas pueden producir acciones u omisiones. En cuanto a la culpabilidad, dicha teoría predica que se puede entender la culpabilidad de la persona jurídica como «culpabilidad por defecto en la organización». En esa línea de ideas, comenta Tiedemann (1997):

Los hechos individuales (hechos de contacto) tienen que ser contemplados como hechos de agrupación en razón de que y en tanto que la agrupación, a través de sus órganos o representantes, ha omitido la adopción de medidas de

precaución que son exigibles para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de la actividad relativa al tráfico de empresa. (p. 39)

De lo citado se desprende que la culpabilidad de la persona jurídica radica en su omisión en ejecutar programas de cumplimiento normativo o si de estar regulados estos son defectuosos y, en consecuencia, al tener un deber de cuidado respecto a las actuaciones de sus representantes puede responder penalmente.

#### 6.3.4. Modelo de culpabilidad ético social

Este modelo plantea que la persona jurídica responderá penalmente siempre que se cumplan los siguientes principios de imputación: i) lesión punible imputable a la persona jurídica: la persona física deberá actuar autorizadamente, es decir, dentro de su competencia funcional; ii) antijuridicidad: los actos corruptos desplegados por la persona física se posibilitaron por la deficiente ejecución de programas preventivos dentro de la organización de la persona jurídica; iii) dolo e imprudencia: la persona jurídica pese a tener conocimiento de que en su interioridad existe riesgo de actos de corrupción no ejecuta programas de cumplimiento normativo eficaces; y, iv) delito o sanción administrativa: distingue cuando la persona jurídica ha cometido un delito o, simplemente, una infracción administrativa. En esa línea de ideas, será delito cuando un directivo o representante de la persona jurídica ha actuado antijurídica y culpablemente respecto de sus obligaciones dentro de la organización; en cambio, si la persona que ha cometido actos de corrupción no pertenece al círculo directivo de la empresa, aunque exista dolo o imprudencia por parte de la persona jurídica, la sanción que se impondrá será netamente administrativa (González Sierra, 2012, p. 196).

## 7. CONCLUSIONES

- i. De lo esbozado, podemos concluir que la criminalidad evoluciona a tal punto de inmiscuirse en el seno de las entidades para facilitar la comisión de sus actos ilícitos; por ende, el ordenamiento jurídico no debe ser ajeno a esta realidad, ya que las consecuencias de tales actos generan un daño irreversible en la sociedad en conjunto, a diferencia de los delitos cometidos por personas físicas, en las cuales solo tienen como víctima a una o pocas personas.
- ii. Así, el centro de atención para que se lleven a cabo actos de corrupción está direccionado, mayormente, en las contrataciones del Estado, y ello se debe a un motivo: manejo de fuertes sumas de dinero. Tales actos de corrupción al realizarse dentro de una contratación pública generan un perjuicio para los miembros de la sociedad, puesto que el Estado al celebrar una contratación con un particular la realiza para obtener un fin social o colectivo; es decir, en beneficio de la sociedad: construcción de puentes, hospitales, carreteras, comedores, universidades, etc.
- iii. En tal sentido, a fin de brindar una solución contundente a los actos de corrupción en las contrataciones del Estado surge la figura del *compliance* penal, lo que involucra que toda persona jurídica dentro de su organización adopte, ejecute y supervise programas de cumplimiento normativo; esto es, implementar mecanismos de monitoreo y prevención de actos de corrupción que se puedan desplegar al interior de la entidad para así neutralizar cualquier conducta que contravenga normas penales.
- iv. De esta forma, el *compliance* penal es el mecanismo idóneo para prevenir, detectar y sancionar actos de corrupción que puedan estar llevándose a cabo dentro de una persona jurídica. Así, la implementación de tales programas involucra que la persona jurídica, en primer lugar, detecte todos los posibles riesgos de

actos de corrupción y, posteriormente, tendrá que poner en marcha protocolos para prevenir (charlas), detectar (investigaciones propias de la persona jurídica) y reaccionar (canales de denuncia).

- v. En esa línea de ideas, a través del *compliance* penal las personas jurídicas tienen menos probabilidades de estar expuestas a actos de corrupción, y de realizarse tales actos, facilita la determinación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, ya que de comprobarse que omitió o implementó defectuosamente los programas de prevención, habrá infringido un deber de cuidado respecto a la supervisión de las actuaciones de sus representantes.

## REFERENCIAS

- Antich, J. (2017). *Compliance Program Penal y sus efectos en la exención y atenuación de la responsabilidad penal de la persona jurídica* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona]. <https://www.tesisenred.net/handle/10803/458613#page=1>
- Artaza, O. (2013). *La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal. Fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Córdova, J. (2009). *La nueva Ley de Contrataciones del Estado: estudio sistemático*. Ediciones Caballero Bustamante.
- Enseñat, S. (2016). *Manual del compliance officer: guía práctica para los responsables de compliance de habla hispana*. Aranzadi.
- Fortuny, M. (2021). La Ley Sapin II: un nuevo marco para la prevención y persecución internacional de la corrupción. En I. Gómez (coord.), *Compliance & anticorrupción. Visión práctica de la normativa internacional* (pp. 159-201). Aranzadi.

- Gallego, J. I. (2014). «Criminal compliance» y proceso penal: reflexiones iniciales. En S. Mir Puig, M. Corcoy, V. Gómez y J. C. Hortal (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pp. 195-272). Edisofer.
- Gómez-Jara, C. (2016). La culpabilidad de la persona jurídica. En M. Bajo, B. Feijóo y C. Gómez-Jara (eds.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas* (pp. 143-220). Aranzadi.
- González Llaca, E. (2005). *La corrupción. Patología colectiva*. Instituto Nacional de Administración Pública. [https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/corrupci%C3%B3n.\\_patolog%C3%ADa\\_colectiva\\_-\\_gonzalez\\_llaca\\_edmundo.pdf](https://www.sijufor.org/uploads/1/2/0/5/120589378/corrupci%C3%B3n._patolog%C3%ADa_colectiva_-_gonzalez_llaca_edmundo.pdf)
- González Sierra, P. (2012). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas* [Tesis doctoral, Universidad de Granada]. <https://digi-bug.ugr.es/bitstream/handle/10481/22250/2098800x.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Guzmán, C. (2009). Un acercamiento a los principios que rigen la contratación administrativa. *Revista de Derecho Administrativo*, (7), 204-216. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14022/14644>
- Guzmán, C. (2015). *Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Análisis de la ley y su reglamento*. Gaceta Jurídica.
- Laufer, W. S. (2006). La culpabilidad empresarial y los límites de derecho. En C. Gómez-Jara (ed.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial. Propuestas globales contemporáneas* (pp. 69-92). Aranzadi.
- Miralles, I. (2021). ¿Cómo abordar el *compliance* desde la empresa? En B. Pareja, J. García y P. de Pitta (coords.), *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica* (pp. 63-82). Dykinson.

- Montoya, Y. (coord.). (2015). *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP); Open Society Foundations. <https://idehpucp.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2016/04/Manual-sobre-delitos-contra-la-administraci%C3%B3n-p%C3%ABblica.pdf>
- Moraga, C. (2007). Los contratos de la administración como instrumentos para el desarrollo de la nación. En J. Fernández y J. Santiago (coords.), *Contencioso administrativo. Culturas y sistemas jurídicos comparados* (pp. 235-260). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Morón, J. C. (2017). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.
- Morón, J. C. y Aguilera, Z. (2019). *Aspectos jurídicos de la contratación estatal*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170356/Aspectos%20juridicos%20de%20la%20contratacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Peters, A. (2018). Corrupción y derechos humanos. En C. Tablante y M. Morales (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos* (pp. 23-82). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37786.pdf>
- Quispe, G. (2022, 24 de octubre). Dr. Ignacio de la Riva. «Las contrataciones “gobierno a gobierno” en obras no están exentas de abusos». *Blog UDEP Hoy*. <https://www.udep.edu.pe/hoy/2022/10/las-contrataciones-gobierno-a-gobierno-en-obras-no-estan-exenta-de-abusos/>
- Rodríguez, J. (2011). Los principios del Derecho global de la contratación pública. *Derecho PUCP*, (66), 29-54. [https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp\\_066.html](https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_066.html)

- Scheller, A. y Silva, S. (2017, julio-diciembre). La corrupción en la contratación pública: operatividad, tipificación, percepción, costos y beneficios. *Revista Via Iuris*, (23), 1-36.
- Tiedemann, K. (1997). Responsabilidad penal de personas jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado. En J.-L. Gómez y J.-L. Gonzáles (coords.), *La reforma de la justicia penal: estudios en homenaje al Prof. Karl Tiedemann* (pp. 23-48). Universitat Jaume I.
- Velasco, E. y Saura, B. (2016). *Cuestiones prácticas sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y compliance. 86 preguntas y respuestas*. Aranzadi.
- Villegas, M. A. y Encinar, M. A. (2020). *Lucha contra la corrupción, compliance e investigaciones internas. La influencia del derecho estadounidense*. Aranzadi.
- Zavala, J. R. (2013). *Apuntes sobre la historia de la corrupción*. Universidad Autónoma de Nuevo León. [http://eprints.uanl.mx/3759/1/Apuntes\\_sobre\\_la\\_historia\\_de\\_la\\_corrupcion.pdf](http://eprints.uanl.mx/3759/1/Apuntes_sobre_la_historia_de_la_corrupcion.pdf)