

“Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la Criminalidad Económica?”

*Kevin Gerardo Menjivar Guardado*

## **PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO. ¿UN MECANISMO EFECTIVO PARA CONTROLAR LA CRIMINALIDAD ECONÓMICA?**

*Kevin Gerardo Menjivar Guardado.*

### **RESUMEN**

En este artículo, se analizarán los “Compliance Programms” también denominados “Risk management”, “value management”, “corporate governance”, “business ethics”, “Integrity codes”, “codes of conduct” y “Corporate social Responsibility”; en español usualmente denominados “Programas de cumplimiento”, “Programas de Compliance”, “Programas de cumplimiento normativo”, “Códigos de buena conducta”, entre otros. Estas palabras clave hacen referencia a los compliance programms. Se efectúa preliminarmente una introducción teórica-doctrinaria a la figura del Compliance y las reflexiones en cuanto a la discusión doctrinaria sobre la posibilidad que las personas jurídicas puedan delinquir y los modelos de atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas; la investigación finaliza, con el análisis del propósito del Compliance como un “efectivo mecanismo de control de la criminalidad económica” y los modelos de autorregulación planteados por la doctrina para asumir tal propósito.

**PALABRAS CLAVES: Compliance - programas de cumplimiento - responsabilidad penal de la persona jurídica - criminalidad económica.**

## **COMPLIANCE PROGRAMS: AN EFFECTIVE MECHANISM TO CONTROL ECONOMIC CRIME?**

*Kevin Gerardo Menjivar Guardado.*

### **ABSTRACT**

In this article, we will analyze the “Compliance Programs” also called “Risk management”, “value management”, “corporate governance”, “business ethics”, “Integrity codes”, “codes of conduct” and “Corporate social Responsibility”; in Spanish usually called “Compliance Programs”, “Compliance Programs”, “Regulatory compliance programs”, “Codes of good conduct”, among others. These keywords refer to compliance programs. A preliminary theoretical-doctrinary introduction to the figure of Compliance and reflections on the doctrinal discussion on the possibility that legal persons can commit crimes and the models of attribution of criminal liability for legal persons are made; the research ends with the analysis of the purpose of Compliance as an “effective control mechanism of economic criminality” and the self-regulation models proposed by the doctrine to assume such purpose.

**KEYWORDS: Compliance - compliance programs - criminal liability of legal entities - economic crime.**

# Programas de cumplimiento. ¿Un mecanismo efectivo para controlar la Criminalidad Económica?

Kevin Gerardo Menjivar Guardado<sup>1</sup>

## Introducción.

*Compliance* es un neologismo originario del derecho anglosajón,<sup>2</sup> existe hoy en día una cantidad vasta de leyes que obligan tanto a personas naturales, como jurídicas. Las personas jurídicas, deben operar en sujeción al ordenamiento jurídico de los países en que desarrollan su actividad económico-empresarial y para evitar sanciones de diversa naturaleza, civil, administrativa e incluso penal en caso de incumplimiento, deben cumplir con las normas legales con la debida diligencia.

El *compliance*, en España y América Latina suele denominarse usualmente como “Programas de Cumplimiento” con el objeto de salvaguardar en la medida de lo posible el significado más fiel a su acepción jurídico-normativa. Los programas de cumplimiento son marcos de autorregulación de las personas jurídicas que emplean normas de obligatorio cumplimiento de acuerdo con la legislación vigente y otras normas que asumen de manera voluntaria, generalmente de contenido moral y/o ético, afín de construir un modelo sano de gobierno corporativo.

1 Egresado de Licenciatura en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la Universidad de El Salvador.

2 El *compliance* encuentra sus precedentes en el Derecho Anglosajón, lo que no resulta extraño dado que la responsabilidad penal de las personas jurídicas entra en vigor en dicho sistema desde principios del siglo XX.

*“Así, el compliance nace para asegurar que la empresa se ajusta y cumple con el ordenamiento jurídico. En las últimas décadas, esta función se ha generalizado entre las empresas para dar respuesta al aumento de la normativa a nivel nacional e internacional -elaborada, en muchas ocasiones, por las instancias públicas para evitar nuevos abusos empresariales ante la falta de regulación-. El cometido de los programas de compliance es prevenir que tanto la compañía como sus empleados cometan delitos, y con ello evitar las penas correspondientes”.<sup>3</sup>*

La figura del *compliance*, nace a partir de una serie de reformas legales que surgieron a raíz de ciertos escándalos de carácter político y económico en EE. UU, uno de ellos fue el Escándalo de Watergate a principios de la década de 1970 por el robo de documentos en el complejo de oficinas de Watergate en Washington D. C., sede del Comité Nacional del Partido Demócrata de Estados Unidos.

*“La SEC (Security and Exchange Commision) descubre que más de 400 compañías estadounidenses han participado en pagos ilegales a cargos públicos o partidos políticos en el extranjero. El caso de la compañía aeroespacial Lockheed es uno de los más escandalosos: habría pagado 22 millones de dólares a funcionarios del Gobierno japonés en el transcurso de una venta de aviones”.<sup>4</sup>*

En 1977 el presidente Carter firma el Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), ley que sanciona a individuos y entidades por pagos indebidos a funcionarios públicos extranjeros y a emisores de valores en los Estados Unidos que no prevengan o detecten pagos indebidos en sus libros y registros, y/o en sus sistemas de controles de contabilidad interna. El objetivo que perseguía era recuperar la confianza en el sistema de negocios en EE. UU. Progresivamente fueron surgiendo diferentes instrumentos internacionales relacionadas al combate contra la corrupción que constituyen normas pioneras

---

3 Martha Remacha, “Compliance, ética y RSC”, en Cuadernos de la Cátedra la Caixa de Responsabilidad Social de la Empresa y Gobierno Corporativo, No. 31, (2016):6. <https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0411.pdf>

4 *Ibid.*

para el surgimiento posterior de reformas penales que introdujeron en algunos ordenamientos jurídicos (España, Argentina, Perú, Colombia, etcétera) modelos de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas y con ello la implementación de modelos de autorregulación para la prevención de delitos (Programas de Cumplimiento). Algunas de los instrumentos internacionales que dieron cabida a dichas reformas son: la Convención Anticorrupción de 1997, el Guidelines Manual, el Chief Ethics Compliance Officer, la Internal Control-Integrated Framework, la Ley anticorrupción de Reino Unido (Bribery Act 2010), el Foreign Corrupt Practices Act (McDermott Will Emery 2010). Etcétera.

## I. ¿Qué es *Compliance*?

La primera cuestión fundamental previa a abordar concretamente la situación del *Compliance* en el contexto del derecho penal de empresa, y su función preventiva de control de la criminalidad económica, es encontrar una definición de esta figura. El vocablo "*Compliance*" aún no se encuentra incluido en el Diccionario de la Real Academia Española.<sup>5</sup> Los países de habla hispana usan denominaciones distintas para referirse al *Compliance*; independientemente de la denominación debe entenderse que los programas de cumplimiento reúnen ciertas características y los lineamientos para la elaboración e implementación de tales podrían variar de acuerdo con la legislación de cada país.

La World Compliance Association (WCA) o Asociación Mundial de *Compliance*, define el *compliance* cómo "*Un conjunto de procedimientos y buenas prácticas adoptadas por las organizaciones para identificar y clasificar los riesgos operativos y legales a los que se enfrentan y establecer los mecanismos internos de prevención, gestión, control y reacción frente a los mismos*".<sup>6</sup> Esta definición se

---

5 En el Boletín de Información Lingüística de la Real Academia Española N°4 2013 se incluyen las equivalencias al español de "*Compliance*" (Cumplimiento de normas) y "*Compliance Management*" (Gestión del cumplimiento de normas), 20.

6 World Compliance Association, Acerca del *Compliance* ¿Qué es el Corporate *Compliance*? <http://www.worldcomplianceassociation.com/que-es-compliance.php>

aproxima bastante al significado, pero no alcanza a cubrir evidentemente todos los aspectos que involucra la implementación de un programa de cumplimiento, en lo referente a Compliance Penal, es necesario dilucidar que las “organizaciones” que lo emplean son de carácter privado, sociedades mercantiles y empresas, para protegerse de los riesgos que conlleva su actividad económica.

-Stanislava Hristova sostiene que:

*“Los compliance programs son mecanismos a través de los cuales las empresas se organizan, suelen denominarse programas de cumplimiento y su origen se encuentra en la Federal Sentencing Guideline, en la que se describe detalladamente, cómo elaborar un programa de cumplimiento adecuado y eficaz, se denominan – effective compliance and ethics programs – no es de extrañar que el modelo nazca en Estados Unidos, donde estos programas forman parte inseparable de la responsabilidad penal. De modo que lo anterior lo que se ha tratado cómo el verdadero fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación al defecto de organización está estrechamente vinculado a los compliance programs para controlar los procesos de decisión donde mediante teorías organizativas se constata elementos volitivos de los entes colectivos”.<sup>7</sup>*

En EE, UU. Como sostiene Hristova, los programas de cumplimiento forman parte inseparable de la responsabilidad penal. Desde el siglo XX, E, UU implemento un modelo de atribución de responsabilidad penal de las entidades corporativas por crímenes cometidos por sus agentes y empleados.

-Bachmaier Winter, L. Define los programas de cumplimiento como:

*“Un protocolo integrado estatutaria, orgánica y jerárquicamente en las personas jurídicas, que las mismas se autoimponen voluntariamente, y que sirve para ejercer el debido control al que se refiere el Código Penal y para evitar conductas indeseables de sus directivos y de todo el personal en general, con la finalidad de controlar y*

---

7 Stanislava Hristova Hristova, “La Responsabilidad Penal de la persona jurídica. Las personas jurídicas como parte pasiva del proceso penal” (Tesis de Grado, Universidad de Valladolid, 2015), 29. <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/13836>

*aminorar los riesgos de que la empresa incurra en responsabilidad criminal. El hecho de que en una empresa exista un Programa de cumplimiento efectivo, determina importantes consecuencias ante la eventual comisión de un delito con apertura de un procedimiento judicial y refuerza lo que se ha venido denominando cultura de cumplimiento”.*<sup>8</sup>

Bachmaier incluye en esta definición un elemento importante “la voluntariedad” y es que, aún en los países que incluyen en su normativa penal un modelo de atribución de responsabilidad penal, o bien cuasi penal o administrativo, a pesar que se establecen sanciones por no ejercer el “debido control”<sup>9</sup> no obligan al ente a adoptar dichos programas por mandato explícito de la ley, sino que otorgan cierta libertad autorregulatoria en la gestión de dichos riesgos, y es el mismo ente el que crea su propio modelo de autorregulación normativa (compliance) conforme a sus necesidades.

-Según Dennis Bock:

*“Los compliance programs son sistemas organizativos que incluyen principios, reglas, procedimientos e instrumentos orientados a asegurar el cumplimiento de la legalidad en el desarrollo de las actividades de una organización, mientras que los criminal compliance programas, en los que se centra este trabajo, constituyen sistemas de organización empresarial, que también tienden a garantizar el cumplimiento normativo, si bien limitados a asegurar la observancia de la normativa jurídico-penal por parte de la empresa”.*<sup>10</sup>

Para efectos prácticos cabe aclarar que algunos autores como Dennis

---

8 Luisa Bachmaier Winter, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: definición y elementos de un programa de compliance”, en *Diario La Ley*, no. 7938 (2012): 4.

9 Una reforma del 2010 del Código Penal Español en su artículo 31 bis introduce el concepto “Debido control” generando cierta inseguridad jurídica debido a la indeterminación del significado y alcance de dicho concepto, en una reforma de 2015 se agrega al citado artículo “2. Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones 1ª el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyan las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”.

10 Juan Pablo Montiel et al., *Compliance y Teoría del Derecho Penal: Compliance y deberes de vigilancia en la empresa* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 107.

Bock, hacen una distinción entre diferentes tipos de compliance, y es que en el desarrollo de las actividades empresariales, una empresa corre riesgos de cometer no solo delitos, sino que además puede ser sujeta de responsabilidades en el ámbito administrativo, laboral o civil y mercantil, por lo que algunos programas de cumplimiento normativo además de incluir las directrices de autorregulación, control y vigilancia, para la prevención de la comisión de delitos incluyen otro tipo de normas, reglas, procedimientos tendientes a evitar que la empresa incurra en sanciones de diversa naturaleza, así como también programas que además de la prevención de la responsabilidad penal, incorporan códigos éticos de conducta mediante las cuales son asumidas de manera voluntaria y que aportan al objetivo de poner en marcha un buen gobierno corporativo.<sup>11</sup> Este artículo se enfoca en el primero, en los programas de cumplimiento normativo en el contexto del derecho penal de empresa, es decir los programas de cumplimiento que incluyen mecanismos de prevención de riesgos en el ámbito de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se define, a los programas de cumplimiento, como un sistema de autorregulación normativo que integra un conjunto de medidas de control y vigilancia que tienen como finalidad la prevención de delitos en las distintas ramas de la estructura organizativa de la empresa; y desde un punto de vista político-criminal, cumplen una función de control de la criminalidad económica, desde un enfoque normativo, el *compliance* cumple una función de minimización de riesgos que pretende librar a la organización de responsabilidad según sea el caso, penal, administrativa, laboral o civil-mercantil. Siempre y cuando se adopte el programa de manera previa al siniestro, y que racionalmente los mecanismos de vigilancia sean eficaces para asegurar un debido control.

---

11 Buen gobierno corporativo: “Es el conjunto de principios y normas que regulan el diseño, integración y funcionamiento de los órganos de gobierno de la empresa, como son los tres poderes dentro de una sociedad: Los accionistas, los directivos y la alta dirección. Un buen gobierno corporativo provee los incentivos para proteger los intereses de la empresa y los accionistas, controlar la creación de valor y el uso eficiente de los recursos”. <https://www.aec.es/web/guest/centro-conocimiento/buen-gobierno-corporativo> Consultado el 5 de octubre de 2020.

## II. Criminalidad Económica. ¿Puede delinquir una persona jurídica?

La corrupción es un fenómeno social que ha existido en la historia de la humanidad desde tiempos remotos, Zavala Treviño señala:

*“Podemos situar el inicio de la corrupción en los albores de la civilización, muy especialmente cuando el hombre se agrupa, inteligente y sistemáticamente, pasando de hordas nómadas a aldeas y ciudades; dando lugar a múltiples formas de organización social, política y económica, como las naciones y la propiedad privada, y con ello también a valores y conductas relativas a sus comerciales, de gobierno y religiosas, lo que le permite al ser humano no sólo comer; vestir y subsistir, sino también satisfacer legítimas aspiraciones, como el éxito y la bonanza económica”.*<sup>12</sup>

Las formas de organización social en la actualidad, son especialmente complejas, como es el caso de las sociedades mercantiles y empresas, sin perjuicio que un ilícito pudiera cometerse aisladamente por una sociedad mercantil o empresa, algunas de ellas se constituyen especialmente para delinquir (Piénsese por ejemplo el caso de Sociedades fantasma para el lavado de dinero y activos), o el caso de Sociedades que nacieron para dedicarse naturalmente a actividades lícitas y luego se tornan en verdaderas redes de criminalidad organizada. Luigi Foffani sostiene que *“la criminalidad organizada es por naturaleza económica y la criminalidad económica es cada vez más organizada”*.<sup>13</sup>

En la actualidad pocos países tienen modelos de atribución de responsabilidad penal para personas jurídicas, lo que genera grandes debates respecto a si los mecanismos de control de la criminalidad económica vigentes en los ordenamientos jurídicos son de carácter suficiente. Jose Luis Barroso, plantea que existe una conciencia de criterios doctrinales *“acerca de que la delincuencia*

---

12 Juan Roberto Zavala Treviño, *Apuntes sobre la historia de la corrupción* (México: Universidad Autónoma de Nuevo León, 2013), 13-14. [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)

13 Luigi Foffani “Criminalidad organizada y criminalidad económica”, en *Revista Penal* (2001): 56.

económica está carente de un control social y jurídico mínimamente satisfactorio, lo que se patentiza en la elevada cifra negra de la delincuencia”<sup>14</sup> la cifra negra se refiere al conjunto de delitos y delincuentes que no han sido descubiertos o no han sido criminalizados por el sistema. En opinión propia, debe incluirse en esta categoría aquellos delitos de difícil o imposible persecución por la actual configuración del modelo de imputación penal en relación a las formas complejas de realización de la conducta típica por parte de integrantes de las personas jurídicas. En otras palabras, se esconden bajo la estructura de la organización de la sociedad o empresa para cometer delitos.<sup>15</sup>

Elena Núñez Castaño, sostiene:

*“La moderna criminalidad, en la actualidad, se ha revestido de formas muy complejas de actuación, sobre todo porque se produce en contextos organizados entendiendo por tales tanto los ámbitos que están teñidos ad integrum de ilicitud, como pueden ser las organizaciones terroristas, las organizaciones de criminalidad organizada y otras organizaciones criminales, como aquellos otros ámbitos que son adecuados socialmente en la vida económica y financiera, como sociedades mercantiles, asociaciones o cualquier otra manifestación que pudieran revestir las personas jurídicas, y que actúan en el tráfico económico lícito, pero que en un momento determinado y puntual o reiteradamente pueden cometer conductas delictivas.”*<sup>16</sup>

La autora de manera muy acertada conviene en reflexionar que en la actualidad existen nuevas formas de criminalidad, y el delincuente convencional ahora actúa y opera de manera tecnificada, una suerte de profesionalización de

---

14 Jorge Luis Barroso González “Los delitos económicos desde una perspectiva criminológica”, en *Revista IUS*, vol. 9, N° 35, (2015): 7.

15 El Romano IX del Anteproyecto de Ley “Ley sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas por la comisión de delitos” prescribe: “Que es una preocupación del Estado el crecimiento y auge de conductas delictivas, en las cuales los criminales utilizan esquemas jurídicos o personas jurídicas para la realización de sus actividades delictivas, entre ellas los delitos de corrupción, motivo por el cual es necesario que el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas se extienda a otros delitos a los mencionados en los romanos anteriores”.  
<https://www.transparencia.gob.sv/institutions/capres/documents/269511/download>

16 Elena Núñez Castaño. “La responsabilidad penal de la empresa”, en *Revista Estudios de la Justicia*, No. 10 (2008), 157-173. <https://rej.uchile.cl/index.php/RECEJ/article/view/15224>

la delincuencia que conlleva que aún en las estructuras de organización social que operan lícitamente se manifiesten conductas delictivas, independientemente de la discusión sobre si una persona jurídica se ha organizado para delinquir, o en el ejercicio de una actividad lícita comete accidentalmente u ocasionalmente conductas delictivas.

Elena Nuñez continúa:

*“Evidentemente, el problema es que estos supuestos constituyen fenómenos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación sobre la base de la intervención de unos pocos sujetos que eran los que realizaban o ejecutaban directamente al menos algunos de los actos de la conducta típica. En la moderna criminalidad estos pocos sujetos se van a convertir en muchos sujetos que configuran una irresponsabilidad organizada en la que ninguno de ellos será consciente de su responsabilidad y de que su acto contribuye directamente o indirectamente a la producción de un resultado típico”.*<sup>17</sup>

Lamentablemente, sin un modelo de atribución de responsabilidad penal de personas jurídicas, algunos delitos podrían quedar en la impunidad, debido a como sostiene Elena Nuñez existen supuestos de difícil aprehensión para las figuras tradicionales de autoría y participación.

En los mismos términos García Conlledo sostiene:

*“La complejidad de la estructura organizativa hace que los preceptos sobre autoría y participación que aparecen en los códigos penales no parezcan (digo parezcan porque finalmente creo que si pueden dar juego) encajar muy bien, pues parecen estar pensados (ese es su origen histórico) para el delincuente que actúa solo o, a lo sumo, para el que actúa con unos pocos, como mucho organizado en forma de banda pequeña, estructura a las que las figuras de la autoría, sobre todo la coautoría, y la cooperación o complicidad con fácilmente aplicables. En la delincuencia empresarial parece precisamente que el centro de gravedad no radica en los ejecutores inmediatos, que bien pueden ser meros actuantes de propia mano sin capacidad de decisión y, a*

---

17 *Ibíd.*

*veces, sin conocimiento exacto de lo que llevan a cabo, aunque otras son verdaderos especialistas (ejecutivos agresivos, contables, etc.) sino en los (sujetos de arriba), los que adoptan decisiones que otros ejecutan".<sup>18</sup>*

Así la coyuntura política y económica, presenta un panorama de surgimiento de nuevas tecnologías, industrialización, y globalización, que propician, no sólo el desarrollo y el progreso, sino también en un aspecto negativo, la aparición de nuevas formas de criminalidad económica.

### III. Solución al problema de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas

No siempre existió el debate en torno a la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a un ente ficticio como lo es la persona jurídica. Hirsh sostiene: *"Casi todos los manuales habían reconocido la punibilidad de personas jurídicas. Pero recién a partir del comienzo del siglo XIX, la mayoría se expresa en contra de ello, y solo desde entonces desapareció la punibilidad de las personas jurídicas de los códigos penales".<sup>19</sup>* Los motivos que llevaron a sustraer de las legislaciones modelos de atribución de responsabilidad penal atienden a razones de carácter político y no tanto técnico-jurídico, pues siempre han existido grupos minoritarios de poder que se ven afectados por dichas regulaciones.

Una vez admitida la posibilidad de la capacidad delictiva de las personas jurídicas, es necesario resolver el problema de atribución. Es evidente que el actual modelo imposibilita hacerlo. La necesidad de criminalizar las conductas dañosas que se cometen a través de la empresa y que muchas veces constituyen delito, pero que debido al modelo punitivo vigente no puede perseguirse de

---

18 Miguel Diaz y Garcia Conlledo. "Problemas actuales de autoría y participación en los delitos económicos", en *Nuevo Foro Penal*, no. 71, Universidad de León, España (2007): 117. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3823033>

19 Hans Joachim Hirsch, "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas", en *Anuario de derecho y ciencias penales*, 46, No. 3 (1993): 1102. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/5219>

manera colectiva, sino únicamente individual, nos debe llevar a la discusión sobre si es posible reformar o siquiera adaptar el modelo actual. Dannecker sostiene: “Uno de los debates de mayor actualidad en la necesaria adaptación del Derecho Penal a los nuevos retos de la criminalidad económica es el concerniente a la penalidad de las personas jurídicas y corporaciones”.<sup>20</sup> Si las personas físicas son capaces mediante el uso de la ficción jurídica de construir un ente colectivo, independiente de si, con personalidad jurídica para adquirir derechos y contraer obligaciones, es posible mediante el uso de la misma técnica (ficción jurídica) de superar el aforismo “societas delinquere non potest” (La sociedad no puede delinquir) el cual impide atribuir responsabilidad penal a una persona jurídica. Y es que, en muchos de los ordenamientos jurídicos como el salvadoreño, aún se encuentra vigente, ya que aún no es posible la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero visto el problema desde un enfoque político-criminal, en la actualidad es innegable el hecho que han surgido nuevas formas de criminalidad económica, las personas naturales cometen delitos por medio, en nombre o representación de las personas jurídicas y la estructura normativa penal actual obstaculiza la persecución de tales delitos.

Reyna Alfaro sostiene:

*“Hasta hace pocas décadas, el aforismo latino societas delinquere non potest era enunciado de modo categórico, desconociéndose la posibilidad de sancionar penalmente a las propias personas jurídicas y reafirmando el paradigma de la responsabilidad penal individual. Hoy en día, sin embargo, la enunciación cambia de tono y se formula ya no en tono afirmativo sino como interrogante ¿Societas delinquere non potest? ¿La persona jurídica puede delinquir?”.*<sup>21</sup>

Y es que se debe considerar que la atribución de responsabilidad penal

---

20 Gerhard Dannecker, “Reflexiones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista penal*, no. 7 (2001):40. <http://uhu.es/revistapenal/index.php/penal>.

21 Luis Miguel Reyna Alfaro, *Panorama actual de la responsabilidad penal de las empresas* (Conferencia, I Congreso Mundial de Derecho, Instituto Latinoamericano de Derecho, Auditorio de la Facultad de Medicina de la Universidad de Guayaquil, Ecuador, 2007), 74. Texto complementado en el Departamento de Derecho Penal de la Universidad de Granada. <https://www.yumpu.com/es/document/read/15825248/panorama-actual-de-la-responsabilidad-penal-teleley>

de las empresas no suponen la eliminación de la responsabilidad individual, ante la comisión de un hecho ilícito, cada persona responde según su grado de participación, pero lo que se pretende construir es un sistema de imputación doble, donde también la persona jurídica responda penalmente de la comisión de hechos ilícitos en el seno de su organización cuando esta no ha ejercido el debido control.

El sistema de imputación penal individual vigente supone algunos problemas para la adopción de leyes que atribuyan responsabilidad penal de las empresas, la culpabilidad como elemento configurador de la responsabilidad penal, en torno a la clasificación tripartita de la teoría del delito, es decir la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, indicaría prima facie que debe descartarse la posibilidad de atribuir responsabilidad directa a las personas jurídicas, en vista que la culpabilidad entendida como el juicio de reproche que se realiza al autor de un hecho previamente calificado como típico y antijurídico requiere del autor la capacidad de entender el carácter ilícito de su conducta.

La culpabilidad se estructura por tres elementos 1) La imputabilidad: Que implica si la persona comprende que sus acciones afectan los intereses o bienes jurídicos ajenos. El opuesto supone la inimputabilidad es decir la imposibilidad de atribuir responsabilidad penal. 2) La existencia de dolo o culpa, en donde el dolo implica una intención positiva de inferir un daño a un bien jurídico o interés ajeno, y la culpa supone una negligencia es decir una conducta imprudente. El delito preterintencional no se castiga, como también la prohibición de toda forma de responsabilidad objetiva. y 3) La exigibilidad de otra conducta, es decir si es posible exigirle una conducta alternativa a la que constituye la infracción penal, en donde habrán supuestos que eliminan la exigibilidad como el miedo insuperable o el estado de necesidad.

Los requisitos de procesabilidad descritos anteriormente constituyen un obstáculo para la imputación de las personas jurídicas, Reyna Alfaro señala:

*“Los autores que han desarrollado la problemática de la responsabilidad penal de las*

*personas jurídicas reconocen que aunque el sistema de la teoría del delito plasmada en las codificaciones vigentes no es aplicable a las personas morales, es posible adoptar un sistema de doble imputación que permita la imputación individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo. La adopción de un sistema de doble imputación”.*<sup>22</sup>

La denominada doble vía de imputación, o modelo de transferencia de imputación, consiste en la posibilidad de atribuir responsabilidad penal a la empresa debido a la conexión entre la persona física que comete el delito y la persona jurídica, ya que la primera obra conforme al poder de decisión y en representación por beneficio directo o indirecto de la persona jurídica. Si se establece responsabilidad penal de la persona jurídica es porque no ha existido el debido control por parte de la misma, existe un defecto de la estructura organizativa porque no se han implementado de manera efectiva un mecanismo de gestión de riesgo (compliance).

Lo que se pretende entonces, no es reemplazar el sistema de imputación individual, sino la adaptación o creación de un nuevo sistema de doble vía.<sup>23</sup> Sobre la doble vía de imputación se sostiene que la persona jurídica: *“puede ser perseguida y sancionada sin que ello esté condicionado o subordinado en absoluto a la paralela persecución y sanción de una persona física”.*<sup>24</sup> Sin embargo, aún no existe

---

22 *Ibíd.*, 11.

23 El Código Penal Español se caracteriza por ser un sistema de doble vía, que contiene el sistema tradicional de responsabilidad criminal directa (responsabilidad individual), pero también contiene normas específicas que conllevan una serie de conceptos especiales para la atribución de responsabilidad penal para las personas jurídicas. Así el artículo 31 bis distingue dos tipos de personas físicas que en el nexo causal del actuar delictivo es posible la atribución de responsabilidad a la persona jurídica, así establece que esta será responsable penalmente por los delitos cometidos por a) *Los representantes legales o aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma y b) por los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.*

24 José Miguel Zugaldia Espinar, “España. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho Penal Español (análisis de la cuestión tras la reforma operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo), de 30 de marzo)” en Zugaldia Espinar, J.M Marin De Espinosa Ceballos, E.B

una posición doctrinaria dominante al respecto, por un lado, hay quienes afirman que la teoría del delito es incompatible con la atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas, y otros defienden que la dogmática penal debe evolucionar y adaptarse a las nuevas formas de delincuencia económica.

No obstante que la discusión sobre si las personas jurídicas pueden o no ser juzgadas penalmente aun es latente, varios países ya han introducido en sus legislaciones modelos de imputación de responsabilidad penal. Es posible que en El Salvador, en un futuro también se implemente un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas.<sup>25</sup>

Asimismo existe abundante normativa internacional que compromete a los países a garantizar que las personas jurídicas puedan ser penalmente responsables. El artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, expresa *“Con sujeción a los principios jurídicos del correspondiente Estado parte, la responsabilidad de las personas jurídicas podrá ser de índole penal, civil o administrativa, consistiendo en sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, sin excluir la responsabilidad penal de las personas físicas que hayan cometido el delito”*. El artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción señala: *“Cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias, en consonancia con sus principios jurídicos, a fin de establecer la responsabilidad de personas jurídicas por su participación en delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”*. Conforme a todo lo anterior, resulta evidente la necesidad de la adopción de modelos de gestión de riesgos (compliance) en el ámbito empresarial.

---

(dirs) La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Latinoamérica y en España (Ed. Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2015), 233.

25 Existe actualmente un anteproyecto de ley que busca implementar un modelo de doble vía de responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país. Véase: <https://www.transparenciaactiva.gob.sv/secretaria-de-participacion-presenta-anteproyecto-de-ley-de-responsabilidad-penal-para-las-personas-juridicas>

## IV. *Compliance* ¿Es un efectivo mecanismo de control? ¿Cumple su función preventiva en la comisión de delitos?

Los países que implementan un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas otorgan eximentes, agravantes o atenuantes, según sea el caso, a las personas jurídicas que hayan establecido de manera previa a la comisión del delito, y de manera eficaz, el debido control para evitar las conductas delictivas de sus miembros. La eventual figuración de un programa de cumplimiento como eximente de responsabilidad penal dependerá en cierta medida del cumplimiento de los requisitos o exigencias que la ley prevea. Para que se tengan por cumplidos los requisitos será necesario que las medidas empleadas sean idóneas y eficaces.<sup>26</sup>

Las personas jurídicas están obligadas a conocer los riesgos a los que se ven expuestas en el desarrollo de sus actividades, y deben tomar las medidas necesarias para prevenir o minimizar dichos riesgos.

*“Es de especial importancia la evaluación de los riesgos, en relación con la actividad empresarial de la persona jurídica, que puedan identificarse como conductas punibles de la persona jurídica. Habrá delitos generales de la propia actividad de cualquier empresa (delitos contra la Hacienda Pública, blanqueo de capitales, entre otros), pero también habrá que evaluar la actividad concreta y el procedimiento de cómo se realiza la actividad para hacer un análisis completo del riesgo de comisión de un hecho delictivo”.*<sup>27</sup>

El modelo que adopte una empresa de un programa de cumplimiento varía según las actividades que realice una determinada empresa, pues según el rubro al que se dedique, puede verse expuesta a determinados factores de

26 Elena Gutierrez Perez “Los Compliance Programs como eximente o atenuante de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. La eficacia e idoneidad como principios rectores tras la reforma de 2015”, en *Revista General de Derecho Penal* (2015). <https://www.researchgate.net/publication/327332295>

27 Ignacio Rubio Bravo, “Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica” (Tesis de máster, Universidad de Alcalá, 2017), 57. <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/32442>

riesgo, piénsese por ejemplo en los delitos ambientales en que presuntamente incurrió Baterías de El Salvador, S.A de C.V, una sociedad mercantil que produjo contaminación ambiental por plomo debido al inadecuado manejo de reciclaje de baterías de plomo.<sup>28</sup>

Una Sociedad que opera en el sector financiero estará expuesta a riesgos distintos, podría verse involucrada por ejemplo en determinados delitos económicos. Pero invariablemente, se dedique a uno u otro rubro, es innegable que se verá expuesta a determinados riesgos operativos y legales; por lo cual, es menester asumir cierta responsabilidad que garantice un sano gobierno corporativo. Aún en los países que no imputen responsabilidad penal a personas jurídicas, contar con una cultura de compliance, evita incurrir en otros tipos de responsabilidad como civil o administrativa que si se encuentran reguladas.

La adopción de un modelo de programa de cumplimiento efectivo, más allá de ser una obligación legal, trae consigo una serie de beneficios:

*“La implementación del compliance puede ser aprovechado por las pequeñas y medianas empresas como mecanismo no solo para la prevención o detección de delitos que le permitan evitar una sanción, sino sobre todo para generar una cultura basada en el pleno cumplimiento del derecho que se verá reflejado en sus buenas prácticas hacia sus clientes, lo cual les traerá mejores réditos”.*<sup>29</sup>

Contar con un programa de *compliance* ofrece mejores oportunidades de negocio, toda vez que las empresas que implementan estos mecanismos de control y vigilancia tienen una mejor cobertura de riesgos, lo que aumenta su reputación y genera expectativas de confianza por parte del resto del mercado, Nieto Martin afirma que la comprobación de la eficacia en abstracto de un

---

28 Un Programa de Cumplimiento efectuado por un equipo multidisciplinario de profesionales que hubiera incluido medidas operativas en base a las normas legales que la empresa estaba obligada a cumplir, como el Convenio de Basilea y el Código Penal probablemente hubiera prevenido el desastre ambiental que ocasionó.

29 Yasmira Riega Virú y Hubert Huamaní Chirinos, “Importancia del Criminal Compliance en la micro y pequeña empresa en el Perú”, en *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad Alas Peruanas, Perú, (2019): 194. <http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1816>

programa de cumplimiento tiende sobre todo a constatar si la dirección de la empresa ha hecho esfuerzos serios por crear una cultura de la legalidad y establecer controles apropiados, por eso cuando los administradores o altos directivos aparecen implicados en el delito, tales esfuerzos de cumplimiento no resultan creíbles y existe una presunción de que la empresa no está correctamente organizada.<sup>30</sup>

Así una empresa que gestione responsablemente sus operaciones bajo un programa de cumplimiento será una empresa que atraiga más inversores y oportunidades de negocio porque creara la percepción que es una empresa responsablemente organizada y segura para las inversiones. En el plano legal el beneficio de contar con un programa de cumplimiento efectivo puede significar una eximente de responsabilidad o una atenuante según sea el caso. Pero la importancia no solamente puede verse desde un punto de vista positivo, sino también desde el aspecto negativo, si las empresas no adoptan tales programas, trae consigo una serie de consecuencias tanto legales como extralegales. Algunas de ellas son: Las empresas que no adoptan un programa de cumplimiento pueden ser sancionadas con multa, y de haberse cometido el ilícito serán responsables penalmente con su respectiva sanción de condena.

En las legislaciones que regulan la responsabilidad penal para las personas jurídicas, las sanciones por no adoptar un programa de cumplimiento van desde multa, suspensión de actividades, prohibición de participar en licitaciones, disolución y liquidación y pérdida de beneficios estatales. Asimismo, al ser sancionadas o condenadas supone un daño a la reputación e imagen de la empresa, lo que las puede llevar a perder negocios, credibilidad en el mercado, una desmejora en su reputación, lo que conlleva a pérdidas económicas y de estabilidad empresarial, y en el peor de los casos podría llegar a quebrar o a ser expulsada del mercado.

---

30 Nieto Martín, "Problemas fundamentales del cumplimiento", En: Kuhl, F.N. Lothar; Montiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Gimeno, Íñigo (Eds.) *Compliance y teoría del Derecho Penal* (Madrid: Marcial Pons, 2013), 39-40.

Ahora bien, la efectividad que de los programas de cumplimiento resulte para el control de la criminalidad económica, constituye el grado de eficacia que en cuanto a sistema de autorregulación normativa supone la adopción del compliance como mecanismo de gestión de riesgos legales y operativos de las empresas. Dicho de otro modo, los programas de cumplimiento normativo pueden considerarse efectivos controles de la criminalidad económica, toda vez que las legislaciones sean explícitas en cuanto a los requisitos mínimos que un programa de cumplimiento debe contener.

Así, la libertad o margen de las empresas para adoptar es amplia, ya que no existen modelos únicos o estandarizados de adopción de programas de cumplimiento normativo, si no que cada empresa conforme a sus necesidades crea su propio sistema de autorregulación.

*“El progresivo y constante aumento de la complejidad social, de los niveles de tecnificación y desarrollo tecnológico, sumado al avallasador proceso de globalización habrían despojado al Estado de la capacidad de regular de forma adecuada las estructuras empresariales. La especialización y la profesionalización por sectores de actividad, así como la complejidad de las estructuras organizativas y los correspondientes modelos de gestión haría absolutamente inviable sistemas generales de heterorregulación. A esta incapacidad, si se quiere, fáctica, se uniría además una profunda crisis del Estado social, de modo que éste ya no dispondría tampoco de la capacidad financiera para asumir los altos costes que los procesos de regulación, supervisión y sanción en ámbitos extremadamente complejos acarrearán. En resumidas cuentas, el Estado ni tendría los recursos suficientes, ni sabría cómo hacerlo”.<sup>31</sup>*

En palabras de Ivo Coca, no sólo se resalta la evolución de la complejidad de los sistemas de organización social, sino la necesidad de implementación de nuevas formas de autorregulación ante la evidente falta de capacidad del Estado de asumir un rol activo y eficiente de regulación estandarizada.

---

31 Ivo Coca Vila, *Criminalidad de empresa y Compliance Prevención y reacciones corporativas: ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?* (Atelier, 2013), 46-47

El *compliance* asume un papel de autorregulación para la empresa. No puede subestimarse el contenido, eficacia y alcance de los modelos de autorregulación corporativa.

*“El Modelo de responsabilidad por defecto de organización se inscribe en la estrategia de control del delito vía autorregulación forzada (enforced selfregulation), esto es, imponiéndole a las empresas [...] el deber de organizarse y regularse de modo que sirvan también como instancias de prevención y detección de la misma, concretamente mediante la adopción e implementación de programas de cumplimiento (compliance programs).”<sup>32</sup>*

La autorregulación es la devolución de la autoridad reguladora del Estado al sector privado, imponiendo la obligación de adoptar e implementar programas de cumplimiento, los defectos de ese modelo organizativo inducen a responsabilidad a la persona jurídica.

## V. Modelos de autorregulación

Ivo Coca, señala tres modelos teóricos planteados por la doctrina, autorregulación pura, la meta-regulación y la autorregulación regulada.

### 1) Autorregulación pura o voluntaria.

En cuanto a este modelo señala Ivo Coca: *“Es el resultado de la capacidad de un sujeto de auto someterse a reglas determinadas. En este sentido, los contratos, convenios colectivos o estatutos, así como todas aquellas normas internas de sujetos y organizaciones privadas serian el resultado de procesos de autorregulación”*.<sup>33</sup>

Este modelo hace referencia al aspecto administrativo de las empresas, en cuanto a la adopción de obligaciones corporativas, mercantiles, civiles, laborales, etcétera. En el marco de la adopción de instrumentos obligacionales

---

32 Héctor Hernández Basualto “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”, en *Política Criminal*, 5. No.9 (2010): 207-236. [https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-33992010000100005](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005)

33 *Ibid.*, 48.

de carácter privado.

## 2) La meta-regulación.

*“No existe un concepto único de meta-regulación, cabría afirmar que por meta regulación se alude el fenómeno normativo consistente en la determinación o condicionamiento, ya sea ex ante o ex post, de la actividad de autorregulación. Aquí el Estado, condiciona lo normado internamente, ya sea estableciendo previamente una serie de pautas, generalmente a través de principios a partir de las cuales será la propia empresa la que se autorregula, o bien otorgando incentivos a posteriori en aras de influir sobre lo internamente normado. Sea como fuere el rasgo cardinal de los procesos de meta-regulación es que no pretenden establecer concretos patrones o normas de comportamiento, sino más bien, despertar el interés, de las propias empresas en autorregularse, otorgándoles incentivos para ello. En efecto, los Estados optarían por recurrir a la – zanahoria – en vez de al – palo – estableciendo recompensas para las empresas que se autorregulan, como puedan ser la eliminación de parámetros normativos estatales o vinculantes, esto es otorgando mayores márgenes de libertad a la empresa en un futuro, o incluso, otorgando ventajas a la hora de valorar y sancionar el incumplimiento normativo en el marco de la empresa”.*<sup>34</sup>

En este modelo lo característico es el nivel de discrecionalidad que el Estado otorga a las empresas para que conforme a principios generales, estas puedan concretarlos de manera específica en su propio cuerpo normativo. No se trata per se de modelos estandarizados, si no que de manera muy limitada el Estado se limita a otorgar pautas mínimas o generales, con el animo que cada empresa se autorregule según su propia voluntad. No se trata pues, ni de principios generales obligatorios, sino más bien lineamientos de carácter voluntario u orientativo.

---

<sup>34</sup> *Ibid.*, 49.

### 3) La autorregulación regulada:

Por último, nos encontramos con el modelo más reciente:

*“La autorregulación regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizada por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación, pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado. Prescindiendo de las múltiples subdivisiones que en el seno de la autorregulación regulada se llevan a cabo, básicamente en función de su grado de vinculación y del mayor o menor papel que juega el Estado en todo el proceso, lo relevante aquí es que el Estado, titular de la potestad regulatoria, recurre a las empresas para que colaboren con él en la elaboración de cuerpos normativos”.*<sup>35</sup>

En este modelo, el Estado impone las directrices y lineamientos en las que debe operar el modelo de autorregulación, es decir el Estado impone obligaciones específicas que el ente privado debe incorporar en la elaboración de su propio cuerpo normativo (Compliance). Básicamente el Estado en el ejercicio de la potestad regulatoria establece un marco general y obligatorio de un modelo, aprueba en última instancia los sistemas de autorregulación de las empresas (es decir no las regula directamente), pero se reserva potestades de vigilancia y sanción en caso de incumplimiento,<sup>36</sup> en todo caso, como señala Sofia Paagman Alonso *“Un buen organismo de control lleva a cabo dos tipos de acciones paralelamente. [...] La primera tratar de alejar las complicaciones o conflictos que pudieran surgir en concepto de incumplimiento de la normativa y la segunda para que en caso de que se haya producido una violación de la norma, establecer planes de reacción para que afecte lo mínimo posible a la imagen de la corporación”*. En síntesis, debe dejarse claro que el Estado sanciona por incumplimiento de la norma jurídico-penal, pero esa ruptura se ha debido a una aplicación defectuosa del

---

35 *Ibid.*, 51.

36 Hacemos referencia al incumplimiento no de la norma jurídico-penal que desde luego acarrea responsabilidad penal para la empresa, si no de un incumplimiento por aplicación defectuosa del modelo organizativo, es decir la no aplicación idónea y/o efectiva del programa de cumplimiento lo que ha producido la ruptura del orden normativo jurídico-penal.

modelo de autorregulación.

### Conclusiones.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas, es un tema que está ganando terreno en el ámbito del derecho penal moderno. De ello, radica la importancia de ir preparando el terreno para inculcar en las personas jurídicas la cultura del *compliance*.

La criminalidad económica abarca una amplia gama de delitos, susceptibles de ser cometidos por personas jurídicas, en este sentido las nuevas formas de criminalidad económica, han dejado atrás la noción de que solo personas naturales pueden cometer delitos, es posible también que las personas jurídicas puedan delinquir.

Los modelos de autorregulación en el sector privado (sociedades y empresas) a través de los “criminal compliance”, o programas de cumplimiento constituyen novedosas herramientas del sistema jurídico que permiten en buena medida prevenir la comisión de hechos delictivos por parte de estas organizaciones.

Finalmente, el deber de organización y regulación (o mejor dicho autorregulación) por medio de los programas de cumplimiento se implementa a través de la adopción por la norma jurídico-penal de un modelo de autorregulación, y el Estado impone la sanción a la empresa por la comisión de delitos debido a la aplicación defectuosa del modelo de autorregulación adoptado por la norma jurídico-penal.