

¿UN ENCARGADO DE PREVENCIÓN PUEDE TENER RESPONSABILIDAD PENAL?

CAN A COMPLIANCE OFFICER BE
CRIMINALLY LIABLE?

UM RESPONSÁVEL PELA PREVENÇÃO PODE TER
RESPONSABILIDADE PENAL?

Erick Palao Vizcardo

Universidad de Sevilla, Sevilla, España

Orcid: <https://orcid.org/0009-0009-3231-9415>

Fecha de recepción: 22/08/2024

Fecha de aceptación: 18/11/2024

Resumen

El presente trabajo busca analizar cómo el máximo órgano de administración de una entidad legal asigna funciones al encargado de prevención para que gestione los riesgos que puedan generar responsabilidad penal a dicha organización. Asimismo, se examina cómo el encargado de prevención puede asumir una posición de garante si se le delegan competencias que le permitan tomar decisiones con autonomía e independencia. En tal caso, podría tener responsabilidad penal, ya sea como autor o partícipe, en grado de complicidad, por actos propios o por terceros vinculados a la persona jurídica.

Palabras clave: encargado de prevención, delegación, posición de garante, responsabilidad penal.

Abstract

This work aims to analyze how the highest administrative body of a legal entity assigns functions to the compliance officer to manage risks that may lead to criminal liability for the organization. Furthermore, it examines how the compliance officer can assume a guarantor position if granted the authority to make decisions independently and autonomously.

Keywords: prevention officer, delegation, guarantor position, criminal liability.

Resumo

Este trabalho busca analisar como o órgão máximo de administração de uma entidade legal atribui funções ao responsável pela conformidade para gerenciar os riscos que possam gerar responsabilidade penal para a organização. Além disso, examina como o responsável pela conformidade pode assumir uma posição de garantidor se lhe forem concedidas competências para tomar decisões com autonomia e independência.

Palavras-chave: responsável pela prevenção, delegação, posição de garantidor, responsabilidade penal.

1. Introducción

La promulgación y entrada en vigor de la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en el ámbito judicial, trajo como consecuencia una variación en el ordenamiento penal peruano al determinar, por primera vez, la responsabilidad autónoma de estas entidades. Si bien esta ley establece disposiciones sobre la obligación administrativa de las personas jurídicas, su contenido evidencia una regulación en torno a su responsabilidad penal. Por ello, desde el 1 de enero de 2018, fecha en que entró en vigor la ley, nuestro ordenamiento penal dejó de lado el principio *societas delinquere non potest* para dar paso a una responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

Asimismo, es importante tener en cuenta que el 13 de mayo de 2023 se promulgó la Ley 31740, que trajo consigo importantes cambios a la Ley 30424,

siendo los principales los siguientes: i) se incluyeron nuevos delitos¹ por los que una persona jurídica puede responder penalmente, ii) se eliminó el eximente de responsabilidad penal cuando el delito haya sido cometido por un alto ejecutivo², iii) se dispuso que el informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) no sea vinculante en las decisiones del fiscal o juez a cargo del proceso penal, y iv) se establecieron criterios objetivos que deberán ser tomados en cuenta para definir el monto de la sanción que se imponga a la persona jurídica.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestro país ha generado un cambio significativo en el desempeño de las grandes empresas, así como en las micro, pequeñas y medianas (MiPyME). Según la Ley 30424, estas organizaciones pueden eximir o atenuar su responsabilidad penal si cuentan con un modelo de prevención debidamente implementado, diseñado para impedir la comisión de actos ilícitos previstos en la normativa o reducir significativamente los riesgos asociados. Aunque no es una exigencia obligatoria, esta disposición ha impulsado que muchas entidades adopten dichos modelos para minimizar posibles infracciones relacionadas con sus actividades y fomentar una cultura de cumplimiento normativo. Sin embargo, en la actualidad, son principalmente las grandes y medianas empresas las que han incorporado estas medidas con mayor frecuencia, mientras que las micro y pequeñas aún tienen pendiente la creación de esquemas adaptados a su naturaleza, que les permitan gestionar los riesgos legales vinculados a su operación.

Esto ha traído consigo que el máximo órgano de administración, como garante principal de las fuentes de peligro, tenga el deber de implementar y poner en funcionamiento un modelo de prevención de delitos adecuado a los riesgos penales asociados a las actividades que realiza la empresa, con la finalidad de prevenir la comisión de infracciones previstas en la Ley 30424 que pudieran generarle responsabilidad penal. Para ello, se requiere que el máximo órgano asuma el compromiso y liderazgo en la implementación y funcionamiento del modelo de prevención de delitos, conocido en la doctrina como *tone at the top* o *tone from the top*.

1 Los siguientes son delitos previstos actualmente en la Ley 30424: colusión simple y agravada, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, tráfico de influencias, lavado de activos, delitos de terrorismo, contabilidad paralela, delitos tributarios, delitos aduaneros y delitos contra el patrimonio cultural.

2 Un alto ejecutivo, según la Ley 31740, son los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados con capacidad de control de la persona jurídica.

Teniendo en cuenta que el máximo órgano de administración cumple distintas funciones en la empresa, se hace necesario designar a una persona para que se encargue de gestionar las fuentes de peligro asociadas a los riesgos penales vinculados a la Ley 30424 que puedan generar responsabilidad penal. A tal fin, el encargado de prevención deberá ocuparse, principalmente, de supervisar el correcto diseño, implementación y funcionamiento del modelo preventivo de delitos, así como garantizar el cumplimiento de las políticas y objetivos previstos en él.

El encargado de prevención, al asumir funciones delegadas por el máximo órgano de administración, asume una alta responsabilidad en la gestión del modelo preventivo de delitos. En virtud de ello, analizaremos si ostenta una posición de garante frente a los riesgos penales vinculados al modelo implementado por la empresa, y si esto podría implicar su responsabilidad penal, ya sea como autor o partícipe, por hechos delictivos cometidos tanto por él como por terceros vinculados con la persona jurídica.

2. Surgimiento de la figura del encargado de prevención en los modelos de prevención de delitos

La figura del encargado de prevención, también llamado oficial de cumplimiento o *compliance officer*, ha adquirido mayor relevancia desde la publicación de la Ley 30424 y sus posteriores modificatorias, debido a que en ella se establece que uno de los elementos mínimos que debe incluir un modelo de prevención de delitos es la designación de esta persona por parte del máximo órgano de administración de la empresa.

Asimismo, en el reglamento de la Ley 30424 (Decreto Supremo n.º 002-2019-JUS) se desarrollaron algunas de las funciones que puede realizar el encargado de prevención y se estableció que el máximo órgano de administración debe dotarlo de autoridad, autonomía e independencia para que cumpla correctamente con sus responsabilidades. Además, se indicó que esta función puede ser asumida por un órgano unipersonal o colegiado de la empresa, y que es posible externalizar dicho cargo a un tercero.

También, la figura del oficial de cumplimiento ha ganado mayor relevancia con la publicación de los lineamientos del modelo de prevención de delitos elaborado por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), a través de la Resolución SMV n.º 006-2021, publicada el 31 de marzo de 2021. En estos

lineamientos se establecen funciones adicionales a las señaladas en el reglamento y se analiza el perfil requerido para esta figura, así como los criterios que deben considerarse al momento de su contratación y designación por parte del máximo órgano de administración.

No obstante, es importante precisar que, antes de la promulgación de la Ley 30424, las empresas que tienen la calidad de sujetos obligados³ a establecer un Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo (SPLAFT) deben designar a un órgano similar al oficial de cumplimiento, cuya responsabilidad principal es supervisar la adecuada implementación y funcionamiento del SPLAFT y, a su vez, reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) en caso de que detecte operaciones sospechosas.

Por esa razón, en el reglamento de la Ley 30424⁴ se ha dispuesto que las empresas sujetas a esta normativa no están obligadas a nombrar un nuevo oficial de cumplimiento si deciden implementar un modelo de prevención de delitos. Sin embargo, cuando lo implementen, deberá prevenir, detectar y mitigar no solo los delitos relacionados con el lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sino también otros ilícitos contemplados en la ley.

3. Perfil y principales funciones del encargado de prevención

Ni la Ley 30424 ni su reglamento especifican el perfil necesario para un encargado de prevención. No obstante, en los lineamientos publicados por la SMV⁵, se definió por primera vez el perfil correspondiente, y se estableció que la persona designada debe cumplir con los siguientes requisitos: i) conocimiento de la organización, ii) experiencia, iii) solvencia moral y honorabilidad, y iv) solvencia económica.

En virtud de ello, el responsable de la prevención deberá tener conocimiento de los procesos críticos o claves de las actividades u operaciones de la empresa, así como del sector económico, socios comerciales y partes interesadas en el negocio. Además, es necesario que acredite experiencia en temas

3 El listado de sujetos obligados se encuentra en la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera y en la Ley 29038, Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera a la Superintendencia, de banca, seguros y administradoras privadas de fondo de pensiones (SBS).

4 Segunda disposición complementaria final del reglamento de la Ley 30424.

5 Página 16 de la Resolución SMV n.º 006-2021.

académicos y laborales, y que posea capacidad de liderazgo. También debe ser una persona íntegra, con principios éticos, lo que implica no tener sentencias firmes por delitos dolosos ni desempeñar cargos simultáneos en entidades públicas o en organizaciones o partidos políticos que puedan generar conflictos de intereses. Tampoco podrá figurar en alguna lista negra vinculada a temas de corrupción, lavado de activos o financiamiento del terrorismo. Finalmente, la persona que ejerza este cargo deberá contar con la estabilidad económica necesaria para desempeñar sus funciones.

Asimismo, bajo el principio de autorregulación, las empresas, a través de su máximo órgano de administración, podrían considerar criterios adicionales al momento de designar al oficial de cumplimiento, como los previstos en las normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo aplicables a las empresas obligadas a reportar operaciones sospechosas ante la UIF. Dichas normas regulan los requisitos que debe reunir el oficial de cumplimiento para ser designado como tal en el SPLAFT.

En adición a lo señalado, consideramos que sería ideal que la persona que ejerza el cargo tenga conocimientos en derecho penal, *compliance*, gestión de riesgos y auditoría interna, a fin de prevenir, detectar o corregir la comisión de delitos que puedan generar responsabilidad penal a la empresa.

En el reglamento de la Ley 30424 y en los lineamientos publicados por la SMV, se establece que el oficial de cumplimiento debe realizar sus funciones con autonomía⁶, autoridad⁷ e independencia⁸, de modo que las decisiones y acciones que adopte no estén condicionadas por circunstancias que puedan limitar o dificultar el desarrollo de sus deberes. La autonomía e independencia que se le otorgan le confieren la autoridad en la empresa para supervisar y garantizar el cumplimiento del modelo de prevención, sin verse influenciado por

6 El artículo 5.1 del reglamento de la Ley 30424 y la página 15 de la Resolución SMV n.º 006-2021 establecen que el encargado debe contar con la capacidad para supervisar y garantizar el cumplimiento del modelo de prevención, así como con un nivel jerárquico adecuado dentro de la organización, lo que le otorga la independencia necesaria respecto a la gerencia y los órganos de línea.

7 El artículo 35.2. del reglamento de la Ley 30424 y la página 15 de la Resolución SMV n.º 006-2021 señalan que el encargado de prevención debe tener suficiente autoridad y legitimidad para dirigirse de forma autónoma a otras áreas o funciones de la organización.

8 Los artículos 4.8 y 35.2 del reglamento de la Ley 30424 y la página 15 de la Resolución SMV n.º 006-2021 indican que todas las decisiones y acciones que emprenda el encargado de prevención no pueden estar condicionadas o supeditadas, de manera que impidan o dificulten el desarrollo de sus funciones.

dictados o instrucciones de otros órganos respecto a cómo ejercer su labor. Esto le permite tomar las decisiones y acciones requeridas para mitigar eficazmente los riesgos penales asociados al modelo implementado.

En virtud de ello, la persona encargada debe estar ubicada en un nivel gerencial que le otorgue la autoridad necesaria dentro de la empresa, así como autonomía e independencia para desempeñar sus tareas. Esto le permitirá reportar directamente al máximo órgano de gobierno, de administración o la alta dirección de la organización.

Al respecto, el reglamento⁹ y los lineamientos de la SMV¹⁰ señalan las funciones mínimas que debe cumplir la persona designada: i) monitorear y hacer cumplir las políticas y objetivos del modelo preventivo; ii) supervisar el funcionamiento del sistema de control interno; iii) ejecutar las medidas disciplinarias o sanciones a quienes incumplan el plan de prevención o cuando se detecte la comisión de algún delito por parte de un trabajador; iv) verificar la adecuada conservación y custodia de los documentos relacionados con el modelo preventivo; v) asesorar y orientar al órgano de administración y a los colaboradores de la organización para resolver sus dudas sobre el modelo y los riesgos de comisión de delitos vinculados a la actividad empresarial; vi) informar y comunicar directamente sobre el desempeño y cumplimiento de las políticas de prevención de delitos al máximo órgano de gobierno, de administración y la alta dirección; y vii) promover la realización de capacitaciones para los colaboradores y directivos de la empresa, respecto a temas relacionados con el modelo preventivo de delitos.

Asimismo, por autorregulación, las empresas tienen la posibilidad de asignarle funciones adicionales si consideran que son necesarias para lograr que el modelo sea eficaz en la anticipación o reducción significativa de los riesgos penales vinculados a la organización. Estas funciones pueden incluir: i) administrar los canales de denuncia y llevar a cabo las investigaciones correspondientes; ii) difundir las políticas y procedimientos que forman parte del modelo de prevención de delitos; iii) evaluar los nuevos riesgos penales que puedan surgir como consecuencia del desarrollo de nuevas actividades u operaciones, de productos o servicios recientes, del uso de tecnologías emergentes o de cambios estructurales u organizativos en la empresa; y iv) realizar

9 Artículos 35, 36 y 38 del reglamento de la Ley 30424.

10 Página 14 de la Resolución SMV n.º 006-2021.

alguna de las funciones del oficial de cumplimiento en materia de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que se encuentran previstas en el artículo 10.2.1 de la Ley 27693, artículo 16 del Decreto Supremo n.º 020-2017-JUS (reglamento de la Ley 27693) y artículo 12 de la Resolución SBS n.º 789-2018.

Ni la Ley 30424 ni su reglamento especifican si la persona encargada está obligada a desempeñar dicha función a dedicación exclusiva, a diferencia de las normas de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, que sí establecen los supuestos en los que un oficial de cumplimiento debe hacerlo. No obstante, los lineamientos de la SMV¹¹ indican que las buenas prácticas sugieren que esta función se desempeñe a dedicación exclusiva en el caso de grandes empresas, mientras que para las MiPyME, puede realizarse de manera no exclusiva.

Finalmente, todas las acciones que el responsable de prevención realice de manera autónoma en el desempeño de sus funciones, deben ser reportadas al máximo órgano de administración, que es quien le asigna las funciones que está obligado a cumplir. Además, junto al órgano de gobierno y la alta dirección, este órgano tiene el compromiso y liderazgo en la implementación y funcionamiento del modelo preventivo. Esto no implica que el responsable de prevención necesite una comunicación anticipada para llevar a cabo alguna acción en la empresa, ya que el reglamento de la Ley 30424 lo faculta para tomar decisiones y ejecutar acciones de manera autónoma e independiente.

4. Posición de garante del máximo órgano de administración

a) ¿Quién es el máximo órgano de administración?

En el reglamento de la Ley 30424, se establece que el máximo órgano de administración de la empresa es un grupo u órgano responsable de administrar, gestionar y representar a la persona jurídica¹², además de designar al encargado de prevención.

11 Página 17 de la Resolución SMV n.º 006-2021.

12 Artículo 5.15 del reglamento de la Ley 30424.

Para determinar con precisión cuál es el máximo órgano de administración de la sociedad, se debe tener en cuenta la Ley 26887, Ley General de Sociedades (LGS). En ella se establece que la administración recae en el directorio y en uno o más gerentes¹³. Sin embargo, en caso de que la empresa no cuente con directorio, todas las funciones de administración y gestión de la sociedad serán asumidas por el gerente general¹⁴.

En virtud de ello, de acuerdo con lo establecido en la LGS y el reglamento de la Ley 30424, el máximo órgano de administración de una empresa será el directorio, salvo que no exista, en cuyo caso esta responsabilidad recaerá en el gerente general.

b) Posición de garante y deberes de garantía del máximo órgano de administración

La actividad empresarial, independientemente del giro o rama industrial que desarrolle, es hoy por hoy una actividad de riesgos¹⁵. Por esta razón, la doctrina especializada en la materia sostiene que el máximo órgano de administración ostenta deberes de garante primario, ya que realiza una actividad en el mercado de forma organizada y libre, asumiendo la obligación de que los peligros derivados de dicha actividad empresarial no afecten bienes jurídicos ajenos¹⁶.

Ahora bien, lo que corresponde analizar es si la responsabilidad de garante primario del órgano de administración implica una obligación de vigilancia

13 Artículo 152 de la Ley General de Sociedades.

14 Artículo 247 de la Ley General de Sociedades.

15 Iván Meini Méndez, «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados», *Revista Derecho PUCP*, n.º 52 (1999). <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.039>

16 Jacobo Dopico Gómez-Aller, «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tónica», en *El Derecho Penal económico en la era compliance*, dirs. Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013); Juan Antonio Lascurain Sánchez, «Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)», en *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, dirs. Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (Montevideo-Buenos Aires: B de F, 2014); Mateo G. Bermejo y Omar Palermo, «La intervención delictiva del *compliance officer*», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, eds. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Madrid: Marcial Pons, 2013).

o de supervisión. Al respecto, Silva Sánchez¹⁷ afirma que el máximo órgano de administración es garante de protección *ad intra*, al velar por la preservación del patrimonio de la empresa y la indemnidad de los trabajadores, y además es garante de vigilancia, ya que está encargado de controlar las fuentes de peligro derivadas de su organización empresarial. Por su parte, Gimbernat Ordeig¹⁸ sostiene que el máximo órgano de administración únicamente tiene obligaciones de supervisión, pues solo le corresponde vigilar los eventuales focos de peligro de la empresa, a fin de evitar, en lo posible, que causen lesiones a bienes jurídicos.

En este contexto, el presente artículo examina el deber de vigilancia y control de fuentes de riesgo asumidos por el máximo órgano de administración, el cual, para cumplir correctamente con esta responsabilidad, tiene que identificar los focos de peligro derivados de su actividad empresarial para controlarlos y supervisarlos adecuadamente.

Al respecto, un sector importante de la doctrina española¹⁹ indica que el empresario y el máximo órgano de administración solo pueden ser garantes de aquellos riesgos que se encuentran directamente relacionados con la actividad empresarial. Sin embargo, otro grupo²⁰ sostiene que la posición de garante del empresario y el máximo órgano de administración les obliga, en cierta medida, a prevenir los delitos de sus empleados relacionados con el desempeño de sus funciones.

Por su parte, Dopico Gómez-Aller²¹ afirma que este deber de garantía no solo se refiere a los focos de peligro dentro de la empresa, como los llamados delitos de empresa, sino también cuando el daño afecte los intereses confiados a la persona jurídica, como en el caso del cuidado de un niño o de un objeto depositado. Además, señala que el núcleo de los delitos que debe evitar la

17 Jesús María Silva Sánchez, «Deberes de vigilancia y compliance empresarial», en *Compliance y teoría del Derecho Penal*, eds. Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Madrid: Marcial Pons, 2013).

18 Enrique Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de omisión* (Montevideo: B de F, 2013).

19 Juan Antonio Lascuraín Sánchez, «La responsabilidad penal individual en los delitos», en *Derecho penal económico y de la empresa*, dirs. Norberto J. de la Mata Barranco, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez y Adán Nieto Martín (Madrid: Dykinson, 2018); Ricardo Robles Planas, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el Derecho penal», en *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dir. Silva Sánchez y coord. Raquel Montaner Fernández (Barcelona: Atelier, 2013); Gimbernat Ordeig, *Estudios sobre el delito de omisión...*

20 Dennis Bock, *Criminal compliance* (Baden-Baden: Nomos, 2001).

21 Dopico Gómez-Aller, «Posición de garante del *compliance officer*...».

empresa incluye aquellos que puedan generar responsabilidad penal para la persona jurídica.

Resulta acertada la posición planteada por Dopico Gómez-Aller, ya que el máximo órgano de administración tiene el deber de vigilar los peligros asociados con la actividad empresarial, así como aquellos que puedan generar responsabilidad penal para la empresa. En ese contexto, debe impedir que se materialicen actos ilícitos dentro de la actividad empresarial que beneficien directa o indirectamente a la persona jurídica.

Por ello, cobra relevancia el modelo de prevención de delitos, ya que uno de sus componentes esenciales es la gestión de amenazas. Dentro de este procedimiento, es necesario identificar los factores vinculados a las actividades u operaciones de la empresa que podrían acarrear responsabilidad penal por alguno de los delitos previstos en la Ley 30424. Como parte de este proceso, se establece la necesidad de diseñar una matriz de riesgos, a través de la cual el máximo órgano de administración pueda conocer los peligros que enfrenta la empresa y, a su vez, establecer controles y acciones necesarias para evitar que se materialicen estos riesgos penales.

En tal sentido, el máximo órgano de administración, al disponer la aprobación del modelo de prevención de delitos, reconoce y asume que existen amenazas asociadas a las actividades y operaciones que realiza la empresa. Además, se compromete a gestionarlas de manera adecuada para evitar que se materialicen en delitos cometidos en su beneficio, lo cual podría traer consigo consecuencias penales para la entidad.

c) Delegación de competencias al encargado de prevención

Una de las formas en las que el máximo órgano de administración tiene la opción de transferir competencias propias de su cargo a otros órganos de la empresa es mediante la delegación de funciones, también conocida como cesión de competencias. Esta técnica permite que quien la realiza –el delegante– se desprenda de sus responsabilidades y las transfiriera a otra persona –el delegado–, lo que implica una transformación de las esferas de responsabilidad individual tanto del delegante como del delegado²².

22 Eduardo Demetrio Crespo, *Responsabilidad penal por omisión del empresario* (Madrid: Iustel, 2009); Ramón Ragués i Vallès y Ricardo Robles Planas (dirs.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial* (Barcelona: Atelier, 2018).

A través de la delegación de competencias, el titular de la responsabilidad transfiere al delegado su ámbito de competencia o parte de él²³. Así, mediante esta técnica, el primero puede trasladar su posición de garante al segundo, lo que da lugar a una cesión efectiva del riesgo típico del delegante al delegado²⁴. En este proceso, ocurre un traspaso de responsabilidad que no implica una exoneración de la responsabilidad del titular respecto a lo que ha sido delegado; más bien, se produce una cierta relajación de sus competencias²⁵.

La interacción entre el titular de la obligación y el delegado es lo que la doctrina denomina transformación de responsabilidades²⁶. Esto implica que el responsable designado pasa a ser el principal encargado de realizar la función que antes le competía al delegante; sin embargo, este último no se libera de toda la carga sobre la función delegada, ya que mantiene deberes de control y vigilancia sobre las tareas ejecutadas por su delegado. Por ello, Lascuráin Sánchez²⁷ señala que el titular tiene la responsabilidad de supervisión sobre su encargado y la obligación de intervenir si no cumple adecuadamente con sus funciones. En virtud de ello, el delegante pasa a tener una posición de garante secundaria, mientras que quien asume la responsabilidad se convierte en el garante primario²⁸.

Para que la delegación de competencias sea válida, se requiere que el delegante sea una persona competente, tanto en sentido formal como material, respecto de aquello que constituya el objeto de la asignación²⁹. En virtud de ello, Lascuráin Sánchez³⁰ sostiene que una delegación será legítima y eficaz si cumple con los siguientes requisitos: i) debe ser efectuada libremente por el delegante, ii) el delegado tiene que ser una persona competente, y iii) el delegante debe proporcionar al delegado los recursos necesarios para cumplir con las funciones asignadas.

23 Víctor Gómez Martín, «Delegación de competencias y *compliance* penal: Un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico». *Derecho PUCP*, n.º 85 (2020): 115-138. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.004>

24 Robles Planas, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*)...»; Raquel Montaner Fernández, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental* (Barcelona: Atelier, 2008).

25 Raquel Montaner Fernández, «El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35 (2015).

26 Montaner Fernández, *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal...*

27 Lascuráin Sánchez, «Salvar al oficial Ryan...».

28 Gómez Martín, «Delegación de competencias y *compliance* penal...».

29 Montaner Fernández, *El criminal compliance...*

30 Lascuráin Sánchez, «Salvar al oficial Ryan...».

Sobre el particular, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, en el fundamento de derecho séptimo de la Casación n.º 503-2018/Madre de Dios, ha señalado que el delegante tiene que realizar una delegación adecuada, supervisar razonablemente a su delegado y, de ser necesario, corregirle o incluso sustituirle para garantizar el cumplimiento de la función encomendada. Asimismo, señala que, cuanto mayor sea el riesgo que se busca controlar y más complejo sea su manejo, mayor será la supervisión requerida por parte del delegante.

Además, considerando que en la asignación de funciones los deberes se transforman, es importante precisar que el máximo órgano de administración, como delegante, no se exime completamente del compromiso de vigilar. Después de efectuar la delegación al responsable de prevención, mantiene un deber residual de supervisión e información sobre las labores que este desempeña³¹.

En virtud de ello, el máximo órgano de administración podrá delegar competencias al encargado para supervisar y gestionar los riesgos que pueden generar responsabilidad penal a la persona jurídica. Esto implicará que dicho órgano, dentro de sus funciones de supervisión, deba requerirle la entrega de reportes periódicos sobre sus actividades, con el propósito de evaluar el correcto cumplimiento de sus funciones. En caso detecte que no está cumpliendo correctamente su trabajo, deberá removerlo del cargo. En tal sentido, el máximo órgano de administración asume la posición de garante secundario de vigilancia, ya que prescinde del control inmediato de la fuente de peligro.

5. ¿El encargado de prevención puede tener responsabilidad penal por las funciones delegadas?

Un sector de la doctrina³² sostiene que la única forma en que el responsable puede asumir un rol de garante en la empresa es mediante la delegación. Para

31 En igual sentido, en la página 15 de la Resolución SMV n.º 006-2021 se señala que «la delegación de responsabilidades para la toma de decisiones al encargado de prevención no exime al máximo órgano de gobierno, de administración, alta dirección de la persona jurídica, o quien haga sus veces, según corresponda, de sus deberes de dotación de recursos, supervisión y capacitación, ni transfiere las posibles consecuencias legales».

32 Lascuraín Sánchez, «Salvar al oficial Ryan...»; Robles Planas, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*)...».

ello, el titular debe tener dicha responsabilidad. En este caso, sería viable que el máximo órgano de administración, al tener una tarea de vigilancia y control de los focos de peligro de la empresa, pueda asignar parte de esa función al encargado de prevención.

Asimismo, es importante precisar que el máximo órgano de administración delega al encargado de prevención la tarea de supervisar los puntos críticos asociados a los delitos contemplados en la Ley 30424, que pueden generar responsabilidad penal para la empresa. En ese sentido, el delegado no será responsable de todos los aspectos de riesgo, ya que no le corresponde impedir los delitos cometidos por empleados en el ejercicio de sus actividades. En su lugar, deberá garantizar la correcta implementación y funcionamiento del modelo preventivo, lo que permitirá gestionar eficazmente los riesgos penales y evitar que empleados o terceros vinculados a la organización incurran en conductas ilegales que favorezcan sus intereses.

Para que la persona responsable evite actos ilícitos en la empresa, sería necesario delegarle funciones ejecutivas mediante las cuales pueda tomar decisiones que impidan la comisión de un delito. En caso de que no se le confiaran dichas funciones, lo único que podría hacer es informar al máximo órgano de administración sobre los riesgos identificados, sin poder realizar ninguna acción para evitarlos³³.

En España, algunos autores sostienen que la persona designada no tiene un deber de garante, sino que únicamente cumple una función de auxiliar del máximo órgano de administración³⁴. Otros afirman que, al no tener un poder ejecutivo, no podría ser considerado directamente responsable, sino que asumiría una función en cotitularidad, actuando como apoyo al máximo órgano de administración, es decir, un garante primario³⁵. En virtud de ello, Gómez Martín³⁶ sostiene que si el responsable no ostenta un poder ejecutivo, no podría ser delegado como garante, sino que sería un ejecutor cualificado al que el máximo órgano de administración asigna las funciones de vigilancia del modelo de prevención de delitos.

33 Alfredo Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer* (Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019).

34 Robles Planas, «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*)...».

35 Liñán Lafuente, *La responsabilidad penal del compliance officer...*

36 Gómez Martín, «Delegación de competencias y *compliance* penal...».

Al respecto, es necesario señalar que el reglamento de la Ley 30424³⁷ establece que el responsable del modelo de prevención ha de cumplir sus funciones con autonomía y se le otorga la independencia y autoridad necesarias para tomar decisiones y acciones que aseguren el correcto cumplimiento del modelo de prevención de delitos, diseñado para evitar que se cometan infracciones que generen responsabilidad penal a la persona jurídica. En virtud de ello, las decisiones y acciones que tome no deben estar condicionadas por situaciones que obstaculicen el desarrollo de sus funciones. Asimismo, tiene la potestad de establecer sanciones y medidas disciplinarias contra quienes incumplan el modelo de prevención o se involucren en presuntos actos ilícitos³⁸.

Tomando en cuenta los poderes de autoridad, autonomía e independencia que el encargado de prevención necesita para cumplir sus labores, consideramos que estaría facultado para efectuar el cambio de algún trabajador o la suspensión de alguna actividad si evidencia que ello podría coadyuvar a que no se cometa un delito que pueda generar responsabilidad penal para la persona jurídica. Ello no lo exime de la obligación de informar al máximo órgano de administración sobre las acciones y decisiones que haya tomado.

No obstante, la empresa, a fin de garantizar la autonomía, autoridad e independencia del encargado, ha de establecer en el acta de designación y en su contrato todas las tareas que le corresponden, así como delimitar con precisión el poder ejecutivo y correctivo que ostenta en la organización.

En ese sentido, normativamente, el delegado dispone de poderes ejecutivos y es un garante del control y vigilancia en la empresa, con facultades para impedir de manera autónoma e independiente que se materialicen los riesgos penales vinculados a la actividad empresarial que puedan generar responsabilidad penal para esta; sin embargo, si el máximo órgano de administración no le otorga dichos poderes, no podría asumir una posición de garante y solo sería un delegado para ejecutar funciones de vigilancia.

El responsable del modelo de prevención, al contar normativamente con una posición de garante derivada del deber de vigilancia delegado por el máximo órgano de administración, será pasible de incurrir en responsabilidad penal por omisión impropia si no impide que se cometa un delito en beneficio de la empresa.

37 Artículos 4.8 y 35 del reglamento de la Ley 30424.

38 Artículo 38 del reglamento de la Ley 30424.

Al respecto, consideramos que, para evaluar la imputación penal contra el encargado, se debe analizar los casos en los que, debido a su inacción, se materialice un delito perpetrado directamente por él, así como aquellos en los que, por no cumplir con sus responsabilidades, se permita que un tercero realice una infracción que podría haber sido evitada.

Si el encargado de prevención comete un hecho delictivo por omisión, tendrá que responder en calidad de autor. Un ejemplo sería el caso del supervisor de una empresa —que es sujeto obligado— que deja de calificar una operación como sospechosa y reportarla ante la UIF.

En caso de que el responsable descuide sus funciones y, como resultado, se materialice un acto cometido por un tercero que pudo haberse evitado, puede responder como autor o partícipe (cómplice). Es crucial que la omisión del encargado de prevención sea esencial en la realización del hecho punible por parte del tercero responsable. En ese sentido, se requerirá que la inacción haya sido determinante en la realización típica, ya que, de no ser así, estaríamos ante un supuesto de complicidad y, dependiendo del grado de aporte que realice, se le imputará complicidad primaria o secundaria.

Un ejemplo de autoría sería el caso en que el encargado, quien debía recibir dinero de un colaborador de la persona jurídica para entregarlo como soborno a un funcionario público, decide no anular el desembolso. En este caso, incurriría en responsabilidad como autor, ya que su omisión fue determinante para la consumación del delito por parte del tercero. Un ejemplo de participación sería que el vigilante no realice una investigación de una queja recibida por el canal de denuncias, lo que podría llevar a que, pocos meses después, se materialice un acto ilícito por parte de un colaborador de la empresa.

Asimismo, se deberá tener en cuenta si su omisión fue intencional o imprudente, ya que, si es imprudente, no podría imputársele el delito en calidad de partícipe (cómplice), porque en el Perú el cómplice solo responde penalmente si actúa de manera intencional. Finalmente, un punto adicional a considerar es que, si actúa de manera imprudente, se debe verificar si el delito cometido tiene una modalidad negligente; de lo contrario, no se le podría atribuir la comisión de un delito doloso por un actuar imprudente.

REFERENCIAS

- Bermejo, Mateo G. y Omar Palermo, «La intervención delictiva del *compliance officer*». En *Compliance y teoría del Derecho penal*, editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, 171-206. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- Bock, Dennis. *Criminal compliance*. Baden-Baden: Nomos, 2001.
- Demetrio Crespo, Eduardo. *Responsabilidad penal por omisión del empresario*. Madrid: Iustel, 2009.
- Dopico Gómez-Aller, Jacobo. «Posición de garante del *compliance officer* por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica». En *El Derecho penal económico en la era compliance*, dirigido por Luis Alberto Arroyo Zapatero y Adán Nieto Martín, 165-189. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- Gimbernat Ordeig, Enrique. *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo: B de F, 2013.
- Gómez Martín, Víctor. «Delegación de competencias y *compliance* penal: Un estudio sobre la transferencia y transformación de los deberes (de vigilancia) en el derecho penal económico». *Derecho PUCP*, n.º 85 (2020): 115-138. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.202001.004>
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. «Salvar al oficial Ryan (sobre la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento)». En *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, dirigido por Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín, 301-319. Montevideo-Buenos Aires: B de F. 2014.
- Lascuraín Sánchez, Juan Antonio. «La responsabilidad penal individual en los delitos». En *Derecho penal económico y de la empresa*, dirigido por Norberto J. de la Mata Barranco, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascuraín Sánchez y Adán Nieto Martín, 87-108. Madrid: Dykinson, 2018.
- Liñán Lafuente, Alfredo. *La responsabilidad penal del compliance officer*. Navarra: Aranzadi-Thomson Reuters, 2019.

- Meini Méndez, Iván. «Responsabilidad penal de los órganos de dirección de la empresa por comportamientos omisivos. El deber de garante del empresario frente a los hechos cometidos por sus subordinados». *Revista Derecho PUCP*, n.º 52 (1999): 883-914. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.199901.039>
- Montaner Fernández, Raquel. *Gestión empresarial y atribución de responsabilidad penal. A propósito de la gestión medioambiental*. Barcelona: Atelier, 2008.
- Montaner Fernández, Raquel. «El *criminal compliance* desde la perspectiva de la delegación de funciones». *Estudios Penales y Criminológicos*, n.º 35 (2015): 733-782.
- Ragués i Vallès, Ramón y Ricardo Robles Planas (dirs.). *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada el Derecho penal económico-empresarial*. Barcelona: Atelier, 2018.
- Robles Planas, Ricardo. «El responsable de cumplimiento (*compliance officer*) ante el Derecho penal». En *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, dirigido por Jesús María Silva Sánchez y coordinado por Raquel Montaner Fernández, 319-330. Barcelona: Atelier, 2013.
- Silva Sánchez, Jesús María. «Deberes de vigilancia y *compliance* empresarial. En *Compliance y teoría del Derecho penal*», editado por Lothar Kuhlen, Juan Pablo Montiel e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno, 79-104. Madrid: Marcial Pons, 2013.

CONFLICTO DE INTERESES

El autor no presenta conflicto de intereses.

FINANCIAMIENTO

Autofinanciado

CORRESPONDENCIA

epv@prcp.com.pe

Trayectoria académica del autor

Erick Palao Vizcardo es abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, magíster en Derecho Penal por la Universidad de Sevilla y de Cumplimiento Normativo en Derecho Penal por la Universidad de Castilla, La Mancha. Es asociado principal de las áreas de Compliance y Derecho Penal Empresarial del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez Abogados (PRCP).