

ASPECTOS PENALES DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

INTRODUCCIÓN GENERAL :

La persona jurídica, a diferencia de épocas pasadas, ha venido despertando el interés del Derecho Penal. Históricamente al respecto, se han planteado diversas posiciones que van desde el ya aceptado “*sotietas delinquere non potest*”, hasta “*revolucionarios*” argumentos en pro de implementar la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Este fenómeno se ha producido por el notable – incuestionable – protagonismo de la ficción que supone la persona jurídica.

La persona jurídica de hoy - representada esencialmente por la empresa - celebra contratos, cumple el papel de ser accionista de otra empresa, tributa o no, manifiesta su voluntad, y claro, como ya resulta obvio de esta enumeración, podría hasta cometer delitos; he aquí el debate que debe esclarecerse; el ser o no ser. La persona jurídica implica también un cúmulo de intereses y pretensiones de todo tipo, ello al requerir de la presencia de dos o más personas naturales para su existencia. Es por esa razón, que la persona jurídica tradicional ya no vive más o, si lo hace, es muy poco frecuente dentro de un mundo de negocios anónimos, versátiles, de grandes proporciones y, sobre todo, de negocios muy dinámicos. Esto da vida, como lo veremos luego más en profundidad, a una nueva forma de persona jurídica, dentro de la especie de empresa; la corporación.

Como quiera que el Derecho Penal supone también el avance en paralelo de la Ciencia del Derecho en general, se aprecia la aparición de un concepto que indefectiblemente va a tener una gran incidencia en el tema planteado anteriormente. Me refiero al llamado “*gobierno corporativo*”, concepto que, dicho sea de paso, no es natural del Derecho Penal. Este nuevo concepto que

viene teniendo creciente acogida a nivel nacional e internacional, determina las reglas que debe (en teoría) adoptar toda forma societaria de cara a las decisiones relevantes respecto a temas relacionados con manejo de accionariado, trato equitativo a los accionistas, solución de conflictos de interés en el seno de la sociedad, etc. En suma, el *“gobierno corporativo”*, implica la implementación de normas internas que coadyuven a una dirección transparente de la sociedad.

Concretamente, las reglas del *“gobierno corporativo”*, como proceso de toma de decisiones, van a incidir en el tema que se ha reseñado líneas arriba : la responsabilidad penal en el contexto de la persona jurídica. Esta afirmación se sustenta en la propia forma de desenvolverse que presenta la persona jurídica actual compuesto una serie de pugnas por el control del poder de la misma; aspecto que hoy es mucho más palpable que en épocas pasadas, en donde la naturaleza de las personas jurídica era, si cabe decirlo, más simple. Así, se justifica la razón de ser un estándar que significa el concepto de buen gobierno corporativo y su incidencia en el Derecho Penal Económico, en donde estas pugnas y la propia características de los negocios que he reseñado anteriormente, crea los espacios para los grandes fraudes que hemos visto. Así, ya a estas alturas, la incidencia del buen gobierno corporativo en el Derecho Penal, puede palpase en el contexto que he tratado de configurar; sin embargo, será objeto de un análisis mucho más pormenorizado y riguroso al interior de este estudio. Por ello es que planteo la necesidad de esta investigación.

HIPOTESIS DE TRABAJO :

Como el título ya lo sugiere, el trabajo que he de realizar se encontrará referido a las implicancias que despertará el buen gobierno corporativo en el Derecho Penal, buscando con ello identificar la relación entre ambos, caracterizando además este nuevo matrimonio. De esa manera, si existiese algún tipo de implicancia, está se centrará en definir su naturaleza y real impacto en el Derecho Penal, verificando si se trata de una nueva forma de responsabilidad penal de la persona jurídica, la construcción de un modelo nuevo distinto e independiente, o en defecto de ambos, el reforzamiento de las diferentes responsabilidades penales hipotéticas que pueden verificarse al interior de la persona jurídica cuando esta se ve inmersa en la comisión de un hecho punible.

Este trabajo consta claramente de tres partes que componen el desarrollo de la hipótesis planteada al inicio de la investigación. Una primera parte, representada por el primer capítulo cuya finalidad es la de familiarizar al lector con un concepto medianamente nuevo en el Derecho Penal, exponiendo sus características, críticas e ideas fundamentales pero sin entrar en un detalle particular que haga perder el hilo investigativo.

El segundo capítulo, tendrá por objeto identificar el ámbito natural en el que se desenvuelve el concepto del buen gobierno corporativo : la empresa. Con ello podremos llegar a identificar una coincidencia que ya a estas alturas resulta obvia y que dio nacimiento a dos sub- ramas del Derecho Penal; me refiero al Derecho Penal Económico y al Derecho Penal de la Empresa, en los cuales, la empresa, valga la redundancia, también se desenvuelve el buen gobierno corporativo. En esta segunda parte, trataré de reseñar el estado de la cuestión de la persona jurídica (género de la empresa) como parte de estudio del Derecho Penal, culminando con ciertos *“indicios razonables”* acerca de la vinculación entre buen gobierno corporativo y Derecho Penal.

Finalmente, la tercera parte intenta presentar el impacto real, el producto de esta unión para mucho imperceptible pero cierta, la respuesta a las dos preguntas centrales que resumen este trabajo : ¿ tiene algo que ver el buen gobierno corporativo con el Derecho Penal ?; ¿ cómo ?. Al inicio de esta segunda parte expondré aquellas figuras que guardan relación con el impacto del buen gobierno corporativo, es decir aquellas que sirven de receptáculo a su inclusión. A continuación, intentaré graficar la manifestación cabal del fenómeno que pretendo patentizar y que se resume en la siguiente y eufórica idea : ¡ penalistas, el buen gobierno corporativo existe y vaya que tiene impacto en nuestro qué hacer !

Cabe precisar que este trabajo carece de la cantidad de bibliografía que, comparativamente, otras investigaciones poseen ello por la casi nula existencia de material patentizado en libros, artículos, ensayos o escritos. No obstante este inconveniente - que no justificaría la pobreza del trabajo - he tratado de recurrir a la poca bibliografía existente pero primordialmente al análisis del fenómeno que han significado los grandes fraudes corporativos, así como a las distintas figuras insertas en las sub-ramas del Derecho Penal Económico y del Derecho Penal de la Empresa.

CAPITULO I - BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

La finalidad del presente capítulo reside en la necesidad de familiarizarnos con el concepto que involucra la idea de buen gobierno corporativo que, hoy por hoy, se aproxima mucho al campo del Derecho Penal. Conforme al avance de la modernidad, el Derecho Penal no solamente mira al campo económico y empresarial, sino que, ya ingresando a estos aspectos, colma su mirada hacia este nuevo concepto que presento en las siguientes líneas.

La idea, como repito, es únicamente presentar, muy modesta y genéricamente, de qué se trata esto que se habla mucho en las empresas del mundo actual y que como veremos tiene, de hecho, un impacto muy importante en el Derecho Penal.

2. CONCEPTOS PRELIMINARES

Normalmente cuando uno accede a cualquier libro sobre la materia, se aprecia que los términos “*gobierno corporativo*” y “*buen gobierno corporativo*” son utilizados indistintamente como sinónimos para hacer referencia a la forma en la cual una empresa es dirigida o, si cabe el término, manejada; comprendiéndose dentro de este contexto a las relaciones internas que cimientan el desarrollo de la actividad de la persona jurídica. Sin embargo, estos términos que se utilizan como sinónimos (gobierno corporativo y buen gobierno corporativo) cuando en realidad no lo son, y precisamente eso es lo que acarrea – desde mi punto de vista – más de una confusión en el enfoque del tema.

Tal vez una inmejorable diferenciación entre lo que implica el gobierno corporativo y buen gobierno corporativo es la que hizo hace un tiempo atrás Oscar Caipo en una conferencia dictada en una conocida universidad peruana. Así, se entiende que gobierno corporativo – concretamente – es “ *la forma en que se dirigen y controlan las sociedades* ”, en tanto que buen gobierno corporativo constituye aquel conjunto de estándares mínimos que requiere toda sociedad de cara a las reglas o normas del gobierno corporativo, siendo el propósito del último concepto desarrollado el “ *contar con una recta gerencia; reconocer el derecho de los accionistas; definir las responsabilidades del Directorio; asegurar la fluidez de la información y reconocer las relaciones con otros grupos de interés (stakeholders)* ”¹.

Desde esa perspectiva, puede apreciarse entonces que ambos términos - como lo indiqué anteriormente - no son sinónimos y más bien guardan una relación de medición cualitativa, ya que el buen gobierno corporativo constituye el requerimiento mínimo de lo que debe aspirar a ser todo gobierno corporativo en una empresa cualquiera. Dicho en otros términos, mientras que el gobierno corporativo se desarrolla en toda empresa que posee un estatuto, el buen gobierno corporativo es el perfeccionamiento de esa norma privada, perfeccionamiento que se alcanza únicamente con el mejoramiento de todas y cada una de las relaciones que se entrelazan en la misma persona jurídica.

Habiendo llegado a este estado de definición debo decir también que - como generalmente ocurre en la búsqueda de conceptos - existe, en cuanto al buen gobierno corporativo (que es el que interesa

¹ CAIPO RICCI, Oscar. “*El Buen Gobierno Corporativo...¿para qué ?*”. Ponencia presentada en la Conferencia “*El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios. Lima, 26 de mayo de 2005.

prioritariamente al presente trabajo), un concepto amplio y un concepto restringido.

Un ejemplo de estas dos acepciones, es el desarrollo que hace el profesor Luis Fernández de la Gándara al tocar un debate que se viene sosteniendo sobre el tema en España. De esa manera, Fernández de la Gándara nos enseña que el concepto restringido determina la forma eficaz por la cual una sociedad es administrada y controlada, en tanto que la acepción amplia abarca, además de ese contexto, los fines de la sociedad y la responsabilidad de los distintos órganos societarios ². Precisamente este último concepto amplio es el que ocupa al presente trabajo, al encontrarse ligado a aspectos de ineludible interés para el Derecho Penal.

3. FUNDAMENTOS DEL BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Al hablar de los fundamentos del buen gobierno corporativo en este apartado pretendo dar respuesta a dos interrogantes que surgen indefectiblemente de cualquier análisis que se pueda hacer al respecto : ¿ por qué el buen gobierno corporativo ? y ¿ para qué el buen gobierno corporativo ?; es decir, trataré de llegar en la medida de lo posible, a conformar la razón de ser y la utilidad de este concepto que ya anteriormente se ha desarrollado.

La respuesta a la interrogante del por qué del buen gobierno corporativo, nace de los fenómenos ocurridos años atrás en lo que se denominaron los grandes escándalos corporativos como los ocurridos con las empresas Enron o Parmalat. Precisamente, un caso emblemático al hablar de

² FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. *“El Debate actual sobre el Gobierno Corporativo : Aspectos metodológicos y de contenido”*, en Velasco, Gaudencio Esteban. El gobierno de las sociedades cotizadas. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.1999. Págs. 62 – 63.

gobierno corporativo y buen gobierno corporativo es, sin duda, el de Enron que es considerado como escándalo corporativo más grande en la historia de los Estados Unidos de Norteamérica y que produjo cuantiosas pérdidas a los denominados “*stakeholders*”³. Hay que tener en claro que esta empresa tenía efectivamente un sistema de gobierno corporativo, es decir, tenía una estructura de administración y manejo de la sociedad. El problema era que este sistema no era eficaz de cara a los beneficios de los denominados stakeholders y solamente estaba dirigido a la obtención de provechos de dudosa catadura (luego, no se había adherido a las normas de buen gobierno corporativo).

En el fondo del asunto, considero que el problema que realmente enfrenta el ¿por qué del buen gobierno corporativo? se encuentra íntimamente relacionado a lo que concibe Richard Posner como el costo – agencia, idea vinculada al control de las empresas o, como señala el mismo Posner, aquel concepto referido a “*los costos que debe pagar el principal para obtener de sus agentes un desempeño fiel y eficaz*”⁴. Así, tomando en consideración que la empresa afronta problemas de información, por ejemplo entre los distintos entes societarios (ahora más que antes); la idea de un buen gobierno corporativo colabora mucho a que la empresa sea eficaz al manejar bien este aspecto, lo cual – al menos desde mi punto de vista – justifica de por sí la razón de ser del concepto que venimos estudiando, aunque claro ya con esto esté adelantando la respuesta a la segunda interrogante.

³ Se entiende que el término “*stakeholders*” abarca aquellas personas “*que tienen algo invertido*” en la empresa “*o sea sus accionistas, clientes, proveedores, empleados y todos los que viven en la comunidad donde se ubica la empresa*”. SALAS SANCHEZ, Julio. “*Síntesis interpretativa de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas*”. Ponencia presentada en el seminario denominado Los Principios de Buen Gobierno Corporativo y su aplicación en el Perú, organizado por el Consejo de Buen Gobierno Corporativo del Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero. Lima, 05 de febrero de 2003.

⁴ POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. México D.F. Fondo de cultura económica. 1988. Págs. 371 – 372.

Obviamente y esto hay que aclararlo, el buen gobierno corporativo – como lo veremos posteriormente – tampoco es la solución a todos los males que en ese contexto se generen en una determinada empresa, pero inequívocamente ayuda mucho. Hay que dejar también en claro que si los accionistas principales o los altos ejecutivos de la empresa, por ejemplo, conciertan entre si para defraudar a los stakeholders, de nada servirá un buen gobierno corporativo y aún, existiendo este, únicamente representará un triste papel de enunciados líricos, mas esta coyuntura motivará que la empresa frente a los inversionistas pierda atractivo. Aquí viene entonces la respuesta a nuestra segunda interrogante : ¿ para qué el buen gobierno corporativo ?.

Existen muchas razones para justificar el “*para qué*” del buen gobierno corporativo. Fundamentalmente y como lo reconoce el proyecto de Código de Buen Gobierno Corporativo para empresas emisoras de valores elaborado por el Consejo de Buen Gobierno Corporativo del Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero (MC & F), son dos los problemas que debe atacar el concepto estudiado, o mejor dicho, dos las causas que justifican su existencia.

La primera de estas causas, como ya lo soslayé anteriormente, va relacionada al manejo de la información asimétrica, es decir de aquella información que no es igual en todos los órganos societarios, que involucra también a los stakeholders. Esto se verifica porque una de las principales causas de los grandes fraudes corporativos, fue precisamente el inadecuado manejo de información de todo tipo y todo nivel, por ello es que la razón de ser del buen gobierno corporativo tiende a precisamente solucionar este inconveniente. Como lo dice textualmente el proyecto referido en el párrafo anterior, el problema reside la existencia de información asimétrica entre “ *quienes administran la empresa (insiders) y todos los demás agentes que mantienen algún interés en la misma*

(*outsiders*) ” ⁵ . Precisamente a mérito de ello nace el concepto de buen gobierno corporativo a fin de dar un tratamiento adecuado a la información que se maneja en la empresa.

La existente asimetría en la información que pretende combatir el concepto de buen gobierno corporativo guarda directa relación con conductas delictivas normalmente desarrolladas en este ámbito de la criminalidad empresarial. Por ejemplo, partiendo de una información contable falsa se pueden ejecutar varias operaciones fraudulentas como en la alteración de balances contables para la obtención de un crédito bancario. Luego entonces, si se combate esta llamada asimetría y se propugna por una transparencia de la información, indirectamente se estará combatiendo una de las causas fundamentales para comisión de este tipo de eventos delictivos.

La otra causa que justifica el “*para qué*” del buen gobierno corporativo se estructura en lo tocante al adecuado balance que debe existir entre minorías y mayorías dentro de la sociedad, evitando de esta manera que los grupos de control abusen de su posición y logren manejar y administrar la empresa a su libre antojo. En ese contexto, las normas de buen gobierno corporativo tienden a impulsar un entorno mucho más democrático si cabe el término, lo cual no quiere decir – o al menos así debería ser – que cada decisión importante de la empresa deba ser consultada a la minoría, sino que simplemente exista un consenso en las políticas que guían el desarrollo de la misma, respetando los intereses de los involucrados. Cabe aclarar sobre este mismo aspecto que la evitación de una situación de abuso también se hace extensivo aunque parezca contradictorio, a las propias minorías, las cuales en determinadas

⁵ CONSEJO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADO DE CAPITALES Y FINANCIERO MC & F. Perú : Código de Buen Gobierno Corporativo para empresas emisoras de valores – proyecto para discusión y comentarios. Pág. 7.

coyunturas, ejercen una cabal “*tiranía*” al interior de la sociedad. Esta postura de la evitación de los abusos por parte de las minorías y mayorías parecer ser recogida por el proyecto del Consejo de Buen Gobierno Corporativo del MC & F al sostener que “ *el marco de protección debe cuidar de establecer también un adecuado balance entre las mayorías y las minorías, de modo que se limite al máximo las posibilidades de abuso de los derechos de unas y de otras* ”⁶.

Esta justificación que traduce el manejo societario en términos equitativos también podría (y lo afirmo en condicional) tener alguna incidencia en el Derecho Penal de la empresa, ya que comúnmente se observan operaciones mediante las cuales se “ *disuelve*” en la práctica a la minoría, lo cual a su vez representa inequívocamente un abuso y - en algunos casos - un gran fraude. Sin embargo, como veremos más adelante, es importante analizar si es necesario o no, tipificar de estos comportamientos respetando a su vez el principio de mínima intervención del Derecho Penal (por eso la condicionalidad de la expresión).

A lo dicho anteriormente podría agregarse como una tercera causa fundamental que justifica el buen gobierno corporativo : el impulso para una ejecución transparente y adecuada de cada uno de los roles (obligaciones y funciones) de los distintos órganos societarios y la interrelación de los mismos con los stakeholders. Este aspecto es de suma importancia en lo referente al tema que nos interesa, dada que la gran mayoría de los comportamientos delictivos (sino la generalidad de los mismos), se da por un mal ejercicio por parte de las personas competentes. Esta tercera causa se materializa concretamente mediante un adecuado sistema de repartición de responsabilidades, lo que genera

⁶ CONSEJO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADO DE CAPITALES Y FINANCIERO MC & F. Perú : Código de Buen Gobierno Corporativo para empresas emisoras de valores – proyecto para discusión y comentarios. Noviembre de 2001. Pág. 8.

que se pueda identificar con claridad y precisión quién hace qué cosa, lo cual ex post supone una ayuda muy importante al determinar responsabilidades sobre todo a nivel de fraudes corporativos.

Finalmente - aunque este tema también lo abordaré al desarrollar las características, así como las ideas fundamentales del buen gobierno corporativo – el para qué del concepto involucra la necesidad de impulsar un manejo honrado de los recursos de la persona jurídica, coyuntura que motivará posteriormente un atractivo en los inversionistas, que son la razón de esta corriente societaria. Pero no solamente es un manejo honrado que, dicho sea de paso se logra como lo veremos con la introducción de códigos éticos u otros instrumentos afines; se trata también de un manejo transparente, como ya se ha adelantado al tocar lo pertinente a la información.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Normalmente se entiende que el ámbito natural del buen gobierno corporativo lo constituyen aquellas empresas que cotizan en la Bolsa de Valores (empresas denominadas “*listadas*”) y ello se debe a varios motivos vinculados a una cuestión de mercado. Más allá de políticas como el “*corporate guidelines sentencing*”⁷, que por ejemplo se aplica en los Estados Unidos de Norteamérica, las empresas se acogen a las normas de buen gobierno corporativo para ser más atractivas ante los

⁷ El corporate guidelines sentencing es un modelo de responsabilidad de la persona jurídica que opera en los Estados Unidos de Norteamérica desde inicio de la década de los 90. Este modelo se sustenta en un principio de política criminal conocido como “*palos y zanahorias*” (fuertes sanciones en el supuesto de irregularidades y recompensas para casos de colaboración de la empresa para con el Estado). Al respecto NIETO MARTIN, Adán. “*El programa político criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo)*”. Revista de Derecho y Procesal Penal. No 11. Aranzadi. 2004. Pág. 10.

inversionistas y de esa forma obtener recursos económicos que les permitan continuar con vida o crecer y expandirse. Desde ese punto de vista, un inversionista interesado en arriesgar su dinero en una determinada empresa, acude a la Bolsa de Valores y estudia las múltiples opciones que allí se encuentran, es por ello que se sostiene que el ámbito natural es precisamente la bolsa. Obviamente, al hablar de una Bolsa de Valores como ámbito natural del buen gobierno corporativo, hablamos de un espacio con manejo de información transparente que proporcione seguridad al inversionista. Precisamente el esfuerzo constante del Derecho y propiamente del Derecho Penal en figuras como el insider trading ⁸, viene apuntado a la transparencia y corrección de las operaciones que allí se desarrollan, de manera que el buen gobierno corporativo es uno más de esos esfuerzos como lo entienden documentos elaborados al respecto ⁹.

No obstante lo expuesto anteriormente, soy de la opinión que las normas de buen gobierno corporativo no solamente se deben ceñir a empresas listadas, sino también a otras, por dos razones que considero básicas. La primera de ellas es que todas las empresas, absolutamente todas, requieren de inversionistas y estos a su vez no solamente fijan sus miradas en aquellas que estén en bolsa. La segunda razón es que también todas las empresas, tienen – como lo señala Ivanna Loncharich – problemas de costo – agencia, aunque unas en menor grado que otras; pero ello no obsta que no deban estar preparadas para enfrentar problemas de ese tipo ¹⁰. Es por ello que las normas de buen gobierno

⁸ Figura delictiva introducida en el Código Penal peruano bajo el artículo 251 – A mediante la Novena Disposición Final del Decreto Legislativo No 861 – Ley del Mercado de Valores del 22 de octubre de 1996.

⁹ Al respecto léase por ejemplo el Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas encargado por el Consejo de Ministros del Gobierno español. Este informe es conocido como Informe Aldama en honor al Presidente de la Comisión, don José Aldama y Miñon. Enero 2003.

¹⁰ LONCHARICH LOZANO, Ivanna Fabiola. Gobierno corporativo : en beneficio de todos (en línea) .www.mcf.peru.org/bgc. Pág. 02.

corporativo no deben entenderse como cerradas y siendo ello así, su ámbito de aplicación se ve aumentado.

En concordancia con esa idea, los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas elaborados en el mes de julio de 2002 por un grupo de entidades vinculadas al tema, establecen textualmente lo siguiente a manera de cuestión preliminar :

“ Los principios que a continuación se exponen pueden aplicarse a todas las sociedades, ya sea para aquellas cuyos valores se encuentran inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores o para aquellas que no, reconociendo que existen ciertos principios que solamente son de aplicación a las primeras ”¹¹ .

Aunque queda absolutamente en claro con lo antes anotado que las normas de buen gobierno corporativo son aplicables a todas las empresas, estén o no listadas en bolsa, surge una interrogante que considero importante abordar : ¿ son aplicables las normas en cuestión a empresas públicas o entidades sin fines de lucro ?¹² .

Un interesante enfoque del tema es el que hacen Adán Nieto y Luigi Foffani al tocar lo concerniente a aquellos gastos en los cuales incurren ciertas entidades estatales para mejorar su imagen. El llamado “ caso de los cuadros ” es buen ejemplo de ello, en el cual se enjuició a un dirigente

¹¹ COMISIÓN NACIONAL DE SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES (CONASEV), MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF), SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS (SBS), BOLSA DE VALORES DE LIMA (BVL), ASOCIACIÓN DE BANCOS (ASBANC), CONFEDERACIÓN NACIONAL DE INSTITUCIONES EMPRESARIALES PRIVADAS (CONFIEP), ASOCIACIÓN DE EMPRESAS PROMOTORAS DEL MERCADO DE CAPITALES (PROCAPITALES) y CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADOS DE CAPITALES Y FINANCIERO (MC & F). Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Julio de 2002.

¹² Al respecto, léase el reciente Código Marco de Buen Gobierno Corporativo de empresas del Estado (en línea). www.fonafe.gob.pe

de una empresa municipal por comprar unos cuadros para dar mejor presencia a sus locales ¹³ .

Más allá del análisis que en el interesante trabajo referido se hace respecto a la llamada responsabilidad social en las empresas, el cuestionamiento sobre este punto va relacionado a la necesidad o no de que las empresas públicas deban observar estas normas de buen gobierno corporativo, toda vez que se entiende que su finalidad esencial no es la búsqueda de rentabilidad económica como una persona jurídica “ *privada* ” . Precisamente en ese sentido se resolvió el ya mencionado caso de los cuadros ¹⁴ .

Es cierto que la finalidad de una empresa pública es – prioritariamente – la prestación del servicio o venta del bien público, pero ello no obsta que su actuación sea incompatible con las normas que reflejan el buen gobierno corporativo.

La empresa pública y las entidades sin fines de lucro (por ejemplo una asociación educativa) requieren, tal vez en mayor grado, de la aplicación de estas normas como las que venimos estudiando, ya que estas propugnan una transparencia en la administración de las personas jurídicas, indistintamente de su finalidad o naturaleza. Claro está que, desde otro punto de vista, tal vez el pensar que la finalidad de una empresa pública sea la búsqueda de la rentabilidad económica no sea del todo descabellado pues eso, finalmente, redundaría en beneficio del propio de Estado y finalmente, valga la redundancia, de la colectividad (pensando desde la óptica de un Estado – empresario).

¹³ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. “*Corporate Governance y administración desleal – Casos y problemas de derecho comparado*”. Revista penal. No 17. La Ley. 2006 Pág. 13.

¹⁴ Como refieren los autores, el Tribunal español partió de un criterio muy riguroso que se resume en la posición de que la finalidad de la empresa municipal en ese caso era prestar el servicio de gas y otros servicios públicos, concluyendo que ese tipo de gastos implicaban un acto de disposición ilícita.

Sostengo que estas entidades requieren en mayor grado de estas normas atendiendo - por ejemplo en el caso de la empresa pública - a la naturaleza del origen de los fondos que administra y utiliza (fondos públicos), que además de los controles regulares (como los de la Contraloría General de la República hablando de la realidad peruana), precisa de otro tipo de controles y de pautas que establezcan un manejo y administración eficiente aunque su objetivo esencial – repito pero con las reservas anotadas – no sea la búsqueda de inversionistas, ni la obtención de rentabilidad económica prioritariamente.

Incluso, entiendo que estas normas también podrían ser aplicables a otro tipo de entidades como en el supuesto de los partidos políticos, como acertadamente lo exponen Nieto y Foffani ¹⁵ al tocar el “*caso Filesa*” referente a la transparencia de las donaciones hacia esas organizaciones.

En suma, el ámbito de aplicación de las normas de buen gobierno corporativo se extiende a todas aquellas entidades que poseen una estructura organizativa algo compleja y que administren fondos de un grupo de personas con intereses no necesariamente idénticos. Hago esta precisión por varios aspectos : 1º utilizo el término “*entidades*” ¹⁶ porque en el caso de los partidos políticos o de un equipo de fútbol por ejemplo, a veces no se observa la forma de persona jurídica; 2º con relación a la expresión “ *estructura organizativa algo compleja* ” porque habrán supuestos en los cuales, existiendo una persona jurídica, no será necesaria la aplicación de estas normas (por ejemplo empresa individual de responsabilidad limitada que administra una bodega de abarrotes) y 3º la alusión a que la titularidad de los fondos administrados pertenezca a un

¹⁵ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 08.

¹⁶ No obstante la utilización de este término, en lo sucesivo seguiré refiriéndome a palabras como empresa, personas jurídicas, sociedad o sus sinónimos para identificar a los destinatarios de las normas de Buen Gobierno Corporativo, ello dada la naturaleza del presente trabajo.

“ grupo de personas con intereses no necesariamente idénticos ”, se refiere a aquellos muchos supuestos en lo cuales, existiendo una sociedad de personas por ejemplo, estos no necesariamente comparten las mismas finalidades respecto a sus inversiones (no todos los socios buscan exactamente lo mismo al invertir dinero en una empresa, aunque coincidan en la búsqueda de la rentabilidad y la eficiencia. En todo caso, estos intereses no son idénticos porque cada uno busca su propio y legítimo beneficio).

5. CARACTERÍSTICAS

En este apartado trataré de reseñar puntualmente las características que, a mi juicio, identifican al buen gobierno corporativo. Así tenemos :

5.1. Voluntario :

Tal vez el carácter voluntario que tienen estas normas o reglas sea el que mejor identifica al buen gobierno corporativo y, como lo veremos luego, el que también le representa mayores críticas sobre su razón de ser y la vinculación con el Derecho en general.

Se dice que las normas de buen gobierno corporativo son voluntarias porque, en puridad, no son obligatorias como un precepto legal. Dicho en otros términos, son producto de la autorregulación o autodeterminación que determina cada persona jurídica para su administración y manejo.

Ante esta opción autoreglativa que rige los destinos del buen gobierno corporativo, se contrapone una tesis intervencionista entorno al debate que se suscita al interior del derecho corporativo.

Concretamente, el debate se cifra en la necesidad o no de intervención normativa en el seno de la corporación para menguar problemas como los de costo – agencia que se presentan en todo tipo de sociedades. Así, de un lado, los intervencionistas sostienen que debería efectuarse un control normativo, en contraposición a los no intervencionistas que apuestan por un control voluntario de este tipo de problemas.

Un buen ejemplo de lo que ocurre en la realidad peruana es la marcada adhesión a la tesis no intervencionista representada en el catalogo de Principios de Buen Gobierno para las sociedades peruanas a las cuales ya he hecho referencia líneas arriba. Ciertamente, este tipo de instrumentos determinan “*recomendaciones*” que si bien no son obligatorias, en la práctica constituyen un importante precedente de inobjetable observancia por aquellas empresas que deseen, por ejemplo, cotizar sus acciones en bolsa o en general, por aquellas sociedades que deseen ingresar al mercado, de manera que una persona jurídica que no los acate sería “*mal vista*” no sólo por los eventuales inversionistas interesados, sino por otras empresas pares que resultan ser muy buenas socias en algunos casos y circunstancias (hablando de agremiaciones de empresas como el caso Confederación Nacional de Instituciones Empresariales Privadas – CONFIEP, por ejemplo).

A propósito de ello y teniendo en cuenta el fundamento de la tesis intervencionista cabría hacerse la siguiente pregunta: ¿ cabe mayor coerción que la del propio mercado en los términos referidos frente a la aplicación de las normas de buen gobierno corporativo ? La respuesta justificará – en mi criterio – que la tesis intervencionista no sólo sea inconveniente, sino que incluso puede ser lesiva a la

propia naturaleza de estas normas. En efecto, propugnar la intervención del Estado mediante una posición de legislación especial es invadir, sin duda alguna, el derecho convencional al cual se contraen la administración y manejo de las sociedades en el contexto que nos interesa. Esto equivale a también intervenir en los estatutos sociales e inclusive en los contratos que puedan celebrarse (supuesto simplemente inaceptable). El Estado puede sugerir, recomendar, pero no puede imponer su facultad de legislar en ámbitos eminentemente privados como el de la persona jurídica. Obviamente, esto no abarca a las empresas públicas o entidades similares de las cuales ya me he ocupado anteriormente.

5.2. *Garantista :*

Otra característica que identifica a las normas de buen gobierno corporativo es que constituyen un entorno de garantía para los llamados stakeholders, es decir – como se ha expuesto líneas arriba - a todos aquellos que tienen un interés directo o indirecto en la empresa, ya sea porque tienen alguna inversión de dinero (accionistas) o porque tienen alguna expectativa en la prosperidad de la persona jurídica (empleados).

Un punto que debo significar respecto del tema, es que la existencia de una estructura organizada en una sociedad, no garantiza el adecuado manejo y administración de la misma. Incluso, una aparente obediencia a estas normas de buen gobierno corporativo, tampoco presta – inobjetablemente - un marco que esta característica pretende sostener. Habrán casos, muchos seguro, en los cuales existiendo un esquema de acatamiento a estas normas, se produzcan conductas delictivas al interior de la persona jurídica. Ergo, el buen gobierno corporativo, como lo anoté ya anteriormente,

no es la panacea, ni la garantía absoluta que la sociedad desarrolle sus actividades como debe ser. Para esto basta ver los grandes escándalos corporativos como el de Enron, que por ejemplo, contaba con una importante empresa de auditora y sin embargo, el fraude se produjo con las consecuencias ya conocidas.

Es un hecho muy común que el delincuente empresarial configure una suerte de “*escena*” para que su delito siempre aparente una situación absolutamente regular y legal, esta es tal vez una de las características criminológicas más contundentes en cuanto al Derecho Penal de la empresa. Pero esto no significa que el buen gobierno corporativo haya fracasado al poderse pensar que esta “*escena*” creada siempre sorteará sin problemas los controles que un buen gobierno corporativo proponga. Pensar eso, implicaría echar por tierra todos los esfuerzos del Derecho a este respecto.

5.3. Variable :

No todas las empresas son iguales, en consecuencia no todos los modelos de buen gobierno corporativo que se apliquen en cada una de ellas lo son. Así tal vez podría resumirse la característica que indica que estas normas son variables o adaptables de acuerdo a la empresa en la que se ejecuten. Precisamente es por esta razón, en mi criterio, que el buen gobierno corporativo tampoco puede llegar a ser plasmado en una norma legal, dado el carácter general que tiene este tipo de dispositivos.

Julio Salas ha precisado al respecto que “ *no existe un modelo único para un buen gobierno corporativo, pues el que se aplique para la finalidad que se persigue, tiene que considerar el propio*

*sistema legal, marcos institucionales y tradiciones ”*¹⁷. Esto significa que el modelo de buen gobierno corporativo que se adopte, debe observar todo el escenario en el cual la empresa se desenvuelve, mirando incluso aquellas tradiciones (usos y costumbres) propias del rubro en el cual se desarrolle la persona jurídica.

Incluso, como también he señalado anteriormente, si bien es cierto estas normas son dirigidas prioritariamente a empresas que cotizan en bolsa (listadas), no menos cierto es que se puede adaptar a otras empresas como las públicas y aún a otras ficciones legales como los partidos políticos o las asociaciones sin fines de lucro. Otra muestra de su variabilidad o adaptabilidad.

Pero la variabilidad del buen gobierno corporativo no queda allí, esta se extiende también al tiempo y los cambios que surjan en el contexto de la empresa, por lo que se puede concluir – como la hace el mismo Salas Sanchez – que este tipo de normas tienen carácter evolutivo¹⁸.

5.4. Complemento legal :

Como quiera que estas normas de buen gobierno corporativo no constituyen una imposición al no ser ley, se entiende que constituyen un complemento a la legislación de la materia como ocurre por ejemplo en el caso peruano con la Ley General de

¹⁷ SALAS SANCHEZ, Julio. *“Síntesis interpretativa de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas”*. Ponencia presentada en el seminario denominado Los Principios de Buen Gobierno Corporativo y su aplicación en el Perú, organizado por el Consejo de Buen Gobierno Corporativo del Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero. Lima, 05 de febrero de 2003.

¹⁸ SALAS SANCHEZ, Julio. *“Síntesis interpretativa de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas”*. Ponencia presentada en el seminario denominado Los Principios de Buen Gobierno Corporativo y su aplicación en el Perú, organizado por el Consejo de Buen Gobierno Corporativo del Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero. Lima, 05 de febrero de 2003.

Sociedades que entró en vigencia el 09 de diciembre de 1997 por Ley No 26887 que - se supone - contiene las disposiciones que el Estado entiende como necesarias (y obligatorias) para que una empresa se desarrolle. Luego, y en cada caso en particular, las normas de buen gobierno corporativo son el agregado que conformarían el escenario ideal que propugna este concepto tan en boga en el derecho corporativo.

5.5. Buscan la eficiencia :

Esta característica ya se ha soslayado líneas arriba, sin embargo considero importante hacer un breve pronunciamiento respecto a ella.

La razón de ser y ciertamente una de las características que identifica al buen gobierno corporativo, es la búsqueda de la mayor eficiencia en el manejo y administración de la empresa, como también lo entiende el profesor Aldo Olcese Santonja quien justificando esta característica, apunta :

“ Uno de los fines principales de la empresa es el de optimizar a “ largo plazo ” las ganancias de sus accionistas. Cuando otras consideraciones afecten este objetivo deben ser claramente expuestas. Para cumplir con este cometido la empresa debe esforzarse por asegurar la viabilidad a largo plazo de sus negocios y manejar de modo real y efectivo sus relaciones con los accionistas ”

¹⁹ .

¹⁹ OLCESE SANTONJA, Aldo. Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 2005. Págs. 37 – 38.

Aunque bien podría decirse que son el mercado y la necesidad de maximización de las utilidades de los accionistas, aquellos motores que impulsan a la eficiencia de una empresa en su manejo y administración, no menos cierto es también que la adopción de estas normas de buen gobierno corporativo serán, sin duda alguna, una importante herramienta que, por ejemplo, atraiga inversionistas, lo cual indirectamente incidirá en la rentabilidad de la empresa y consecuentemente en su eficiencia.

5.6. Sustentados en la necesidad de información transparente :

Existe un viejo adagio que más o menos reza del modo siguiente : “ *quien maneja la información, maneja el poder* ” . Y es que en el ámbito de la criminalidad de la empresa, la información al interior o al exterior de la persona jurídica resulta ser un elemento de vital importancia en la comisión de la gran mayoría de los distintos delitos que se cometan en ese contexto. Para muestra, varios botones : obtención de créditos con balances falsos por parte de empresas con serias deficiencias económico – financieras, doble contabilidad, venta de empresas quebradas a inversionistas incautos que tienen otra imagen, malos manejos de parte del Gerente General y posterior engaño a los accionistas, etc. Todo ello, como puede verse claramente, parte de la indebida utilización de la información ²⁰.

El buen gobierno corporativo nace precisamente ante la existencia de la denominada información asimétrica al interior de la empresa,

²⁰ Como también puede apreciarse, la mayoría de estos delitos en donde se distorsiona la información, coincide con lo que se entiende como “ delitos contables “ y esto se debe a que precisamente la contabilidad es información de la empresa, información que en esos casos es manipulada dolosamente. Al respecto HERRERA VELARDE, Eduardo. “*Los delitos contables en el Perú y las falencias de su actual regulación*”. Revista Actualidad Jurídica. No 117. Lima. Agosto 2003.

es decir información desigual. Precisamente bajo esa coyuntura, las normas que estamos estudiando tienden a impulsar la necesidad de una información transparente y – obviamente - igual, tanto entre los distintos órganos de la empresa (interior), como de la propia empresa para terceros ²¹ (exterior). Así lo entiende el profesor Alejandro Fernández de Araoz para quien son dos los objetivos que sostienen al denominado principio de transparencia informativa (sustentado a su vez en el mandatory disclosure system que tiene total vigencia en los Estados Unidos) : el primer objetivo – sostiene Fernández de Araoz – es “ *ofrecer a los inversores la máxima información posible para que “ puedan formarse un juicio fundado y racional ” acerca de la oportunidad o conveniencia de llevar a cabo determinada información ”* ; en tanto que el segundo objetivo esta vinculado a la necesidad de “ *reducir las posibilidades de que los administradores, directivos y otros insiders del emisor puedan derivar beneficios tangibles de sus ventajas informativas a costa de los inversores ”* ²² .

Más allá de adiciones o aclaraciones que pudiera hacerse al texto glosado en el párrafo anterior, queda claro – entorno al campo del Derecho Penal de la empresa que es el que nos interesa – que la transparencia de la información tendrá, entonces, un efecto preventivo ante los posibles delitos que puedan cometerse, ello atendiendo el alto grado de manipulación informativa que trae

²¹ En este punto es en donde cobra relevancia la participación de los denominados “*gatekeepers*”, conceptualizados por el profesor Alejandro Fernandez Araoz como “ *quienes, comprometiendo su reputación y prestigio, transmiten a los inversores servicios de verificación o certificación de la información facilitada por la sociedad* ”. Desde ese punto de vista, el mencionado autor entiende que los gatekeepers (abogados, contadores, por ejemplo) se erigen como garantes de la información. Al respecto ver FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. “*Entorno a la mejora de los mecanismos de gobierno corporativo de la sociedad cotizada : Reflexiones sobre el papel de los controles externos y el reforzamiento de los mismos*”. Trabajo redactado para el segundo seminario de derecho de los negocios entre las Universidad de Harvard y la Universidad Complutense. Págs. 19 – 20.

²² FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. Op. Cit. Pág. 20.

consigo la comisión de estos ilícitos. Por esa razón, se aprecia la importancia de llamado principio de transparencia informativa tanto para las normas de buen gobierno corporativo, como para el Derecho Penal de la empresa, cuya vinculación también examinaré más adelante.

5.7. *Buscan el reforzamiento de los órganos societarios :*

Una de las finalidades esenciales y, ciertamente, una de las características que también identifica al buen gobierno corporativo es que este busca el reforzamiento de la organización empresarial, pasando para ello por el reforzamiento de sus órganos internos, valga la redundancia. Esto se logra con la imposición de los deberes que igualmente cobran relevancia al momento de analizar figuras delictivas, me refiero a los deberes de lealtad y de diligencia.

De esa manera entiendo que, en tanto y en cuanto cada órgano societario cumpla sus funciones con el correspondiente cuidado y eficiencia (deber de diligencia) y en consonancia con los intereses de la empresa (deber de lealtad o de fidelidad), se logrará que todas las personas vinculadas (stakeholders) alcancen, por medio de esa ficción, sus distintos objetivos. Luego, sólo una empresa adecuadamente estructurada, podrá alcanzar los niveles de eficiencia económica requeridos.

6. CRÍTICAS

Aunque seguramente podrán plantearse muchas críticas a las normas de buen gobierno corporativo, desde mi punto de vista, son dos las que

resumen propiamente los principales escollos que están enfrentan actualmente.

6.1. No obliga, no sirve :

Tal vez esta sea una de las críticas más frecuentes que se dirigen hacia las normas de buen gobierno corporativo; su carácter no vinculante mediante norma legal que, por lo tanto, hacen de su cumplimiento un aparente “*saludo a la bandera*”.

En efecto, hay distintos sectores que tildan de utópicas a estas normas, estableciendo que si bien constituyen el entorno ideal en el cual debe desarrollar sus actividades una empresa, muchas veces – sostienen los escépticos - este entorno no se da en la realidad como ocurrió en aquellos casos conocidos como los grandes escándalos corporativos (Enron por ejemplo).

El hecho que las normas de buen gobierno corporativo no se encuentren incorporadas al ordenamiento jurídico de un país, no determina – aunque parezca contradictorio – que no obliguen y en consecuencia que no sirvan porque existe un entorno que sin tener una fuerza coercitiva como legal, motiva muchos hechos que se dan casi por generación espontánea. Me refiero al libre mercado.

Dada la naturaleza de cómo se ha estructurado el buen gobierno corporativo, aquella empresa (listada o no) que no ofrezca las garantías suficientes para los stakeholders en el mundo globalizado de hoy, está destinada al fracaso. El mercado hará por ejemplo que una empresa que no adopte las recomendaciones del buen gobierno corporativo, no sea de interés de un inversionista dado que este no tendrá la seguridad que sus fondos de dinero serán

adecuadamente manejados y que por ejemplo no terminarán en la cuenta bancaria personal de uno de los altos ejecutivos de la persona jurídica (algo de lo que hablé anteriormente respecto al carácter garantista de estas normas). Entonces, si bien el buen gobierno corporativo no posee la característica de un dispositivo legal que, a consecuencia del ius imperium estatal las convierte en obligatorias, no menos cierto también es que el propio mecanismo del libre mercado las dota con una fuerza coercitiva tal vez igual que el de las propias normas legales al punto tal que, como puede verse en el caso peruano en donde solamente son “*recomendaciones*”, cada vez más y más empresas acogen sus fundamentos ²³ .

Luego, por una cuestión de lógica elemental es posible ver que no es necesario el reconocimiento de las pautas de buen gobierno corporativo como normas legales para su acatamiento por parte de la empresa. Basta que el libre mercado las haya reconocido como necesarias para que las mismas empresas gradual y paulatinamente, se vayan adhiriendo. Más adelante veremos si esta razón de libre mercado es suficiente para justificar la aplicación de estas normas de buen gobierno corporativo en el contexto del Derecho Penal de la empresa. Eso es como dicen, “*harina de otro costal*”.

6.2. Sobrecargado de inspiración ética :

Es un hecho incontrovertible que en muchos de los códigos de buen gobierno corporativo se percibe un cierto grado de inspiración ética que – aparentemente – los hace colisionar con el Derecho, siendo esta crítica – a mi entender – la más seria que se propone.

²³ Por ejemplo ingresar a www.bvl.com.pe/gcorporativo

Es también un hecho incontrovertible que la pugna entre Derecho vs. Ética y Derecho vs. Moral ha venido ocupando las investigaciones de muchos filósofos existiendo – desde mi punto de vista – conclusiones al parecer estables. Se puede afirmar con cierta suficiencia que Derecho no es Ética y que Derecho tampoco es Moral, aunque existen inspiraciones que ambos se prodigan.

Sobre este tema el documento elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades, mejor conocido como el Código Olivencia, hace una especial referencia a su propia denominación de “*código ético*” en los términos siguientes :

“ Por su parte, el vocablo “ético” ha de entenderse en su sentido más amplio, referido a reglas, principios y modelos de conducta, que responden a criterios de corrección y racionalidad. Por la connotación más usual de la palabra (referente a los valores permanentes de la moral), que aquí resulta equívoca, la Comisión prefiere utilizar la denominación “Código de Buen Gobierno”²⁴ .

Más allá de la aclaración entorno a su denominación, es claro el deslinde que pretende hacer el Código Olivencia de cualquier referencia exacta a la ética o la moral al punto que parece sostener que si bien su composición se basa en “*reglas, principios y modelos de conducta*”, no debe entenderse que los mismos constituyan reglas, principios y modelos de conducta éticos o morales, sino que simplemente tienen – como mucho del Derecho en si - una inspiración de ese orden. No obstante ello, entiendo que la

²⁴ Código elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades encargado por el Consejo de Ministros del Gobierno español. Este Código es conocido como Código Olivencia en honor al Presidente de la Comisión Especial, don Manuel Olivencia Ruiz. Febrero 1998. Págs. 11 – 13.

aclaración hecha por la Comisión presidida por don Manuel Olivencia Ruiz es válida, por que separa lo que constituye un Código de Buen Gobierno Corporativo con lo que es propiamente un Código Ético. Dicho sea de paso, un Código Ético no tendría mayor sentido en el contexto del manejo y administración eficiente de las sociedades, ya que por ejemplo se puede tener ética en los negocios, pero la ética no es relevante en manejar, dirigir o administrar una empresa eficientemente al estar los resultados de esa gestión vinculados a la prosperidad o no de la empresa (aspecto que más se inclina al plano económico). En todo caso, el límite a ese manejo y administración de las sociedades, lo pondrá el Derecho en sus distintas ramas y no la ética o la moral. Volvemos entonces a la vieja tensión entre Derecho vs. Moral y Derecho vs. Ética, de la cual no me voy a ocupar en el presente trabajo ²⁵ .

7. IDEAS FUNDAMENTALES DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Luego de haber realizado un preámbulo sobre el marco que rodea al buen gobierno corporativo (críticas, características, etc.), considero necesario realizar un trazo sobre lo que constituyen sus ideas fundamentales, para poder apreciar con claridad cuales son las manifestaciones que encierra este concepto.

Cabe resaltar que, en un desarrollo puntual y específico sobre el tema, podrían ya extraerse más ideas fundamentales de lo que importa el buen

²⁵ Una interesante visión de lo que puede significar esta vieja tensión entre Derecho vs. Moral y Derecho vs. Ética, claro desde otro contexto, la recoge Ronald Dworkin al desarrollar las objeciones políticas a las que se enfrenta el sistema de administración de Justicia. Así, por ejemplo Dworkin sentencia que el operador de justicia (Hércules) no debe recurrir a convicciones políticas (o a la ética, o a la moral) para resolver un caso difícil; simplemente se debe concretar a determinar los derechos de las partes, de manera que hecho ese juicio “ *no queda nada que pueda ser sometido a convicciones, sean las suyas o las del público* “. DWORIKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Traducción de Marta Guastavino. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 2º Edición. 1989. Págs. 198 – 208.

gobierno corporativo; sin embargo, he optado por tomar solamente aquellas que guardan relación con el Derecho Penal a efectos del presente trabajo.

7.1. Necesidad de control interno :

La primera idea que presupone la instalación de un sistema de buen gobierno corporativo al interior de una empresa determinada, es la necesidad de un control interno que actualmente no se presenta con la rigurosidad debida o simplemente no existe, particularmente por ejemplo en lo que se refiere a las empresas públicas.

La idea de un control interno que se ha acogido dentro del buen gobierno corporativo, requiere de un órgano especial denominado Comité de Auditoría interna compuesto por profesionales independientes que permitan a su vez la consecución de los siguientes objetivos como lo expuso Luis Gonzales en la conferencia impartida sobre el tema en la Universidad de Lima ²⁶ :

- Objetivo financiero, a fin que los documentos evacuados sobre el particular sean transparentes y confiables, aspecto que dicho sea de paso, colabora con el reforzamiento de una de las características que ya hemos visto como esenciales del buen gobierno corporativo.
- Objetivo operacional, que permite obtener un mejor desempeño de los procesos productivos y disminuir costos, aumentando u obteniendo –según sea el caso – la rentabilidad económica (buscar la eficiencia).

²⁶ GONZALES VILLANUEVA, Luis. “*El Buen Gobierno Corporativo*”. Ponencia presentada en la Conferencia “*El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios. Lima, 26 de mayo de 2005.

- Objetivo de cumplimiento, que coadyuva a cumplir con el marco regulatorio interno y externo.

Esta necesidad de control interno es recogida en algunos de los documentos que sobre buen gobierno corporativo se han producido, como es el caso de los ya mencionados Principios de Buen Gobierno Corporativo para la sociedades peruanas²⁷.

Al respecto podría decirse que al tratarse de un control efectuado por un profesional o profesionales contratados por la propia empresa, estos perderían o al menos verían merada la independencia necesaria para este tipo de labores, cuestionamiento que de igual manera podría formularse ante la necesidad de un control externo como lo veremos luego. No obstante ello, entiendo que al verse involucrado el prestigio del profesional auditor contratado, ante un escándalo que implique un débil o negligente control interno, indudablemente traería consigo la afectación de la imagen profesional de aquel o aquellos, a lo que Fernández de la Gándara señala como “*capital reputacional*”²⁸, concepto que si bien es originalmente concebido para el contexto de la empresa, es viable aplicarlo a un profesional en casos como este.

7.2. Necesidad de control externo :

²⁷ Al respecto este documento menciona textualmente lo siguiente : “ *La sociedad debe contar con auditoría interna. El auditor interno, en el ejercicio de sus funciones, debe aguardar relación de independencia profesionales respecto de la sociedad que lo contrata. Debe actuar observando los mismos principios de diligencia, lealtad y reserva que se exigen al Directorio y la Gerencia* ” (ver apartado IV : Comunicación y Transparencia informativa. Acápites F).

²⁸ “ *La existencia de prácticas de buen gobierno y su conocimiento por el mercado constituye un activo intangible, cuya sola existencia refuerza la reputación de la empresa y el objeto de valoración por el mercado en términos más positivos que los activos físicos contenidos en los libros de contabilidad* “. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis. Op. Cit. Pág. 72.

En contrapeso a la existencia del control interno que antes me he ocupado de reseñar, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) ²⁹ ha establecido como parte de sus principios para el gobierno de las sociedades – entre otras recomendaciones – aquella que indica que una *“empresa independiente debe realizar una auditoría anual que permita establecer la preparación y presentación externa y objetiva de los estados financieros ”* ³⁰ .

Parecería que las funciones de control externo se superponen a las de control interno pero eso es sólo una apariencia. De lo que trata, desde mi perspectiva, es que el control interno verifique que los procesos operacionales sean transparentes y adecuados, en tanto que el control externo, propiamente, realizará las funciones referidas a la preparación de los estados financieros y a su revisión, es decir a desarrollar acciones de auditoría ³¹ como lo sugiere la OCDE.

Lo esencial de esta recomendación, más allá de la repartición de tareas, es que el control interno esté sujeto a su vez a otro control que se conviene en denominar control externo, valgan las redundancias, cuya característica también es la independencia. Todo ello para minimizar las posibilidades de fraude que es finalmente de lo que se trata.

²⁹ Entre otros países son miembros de la OCDE : Alemania, Austria, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Reino Unido, Japón, Corea y México.

³⁰ Este documento fue aprobado en la cumbre de ministros de la OCDE realizada en el mes de mayo de 1999 y posteriormente revisado en el año 2002.

³¹ A tenor de lo señalado por la Ley Sarbanes Oxley (Sarbanes – Oxley Act) que entró en vigencia a partir del 30 de julio de 2002 auditoría es el *“examen de los estados financieros de cualquier emisor por una firma de contadores públicos independientes de acuerdo con las regulaciones de la Junta o la Comisión (...) para el propósito de expresar una opinión sobre tales estados financieros ”* (ver sec. 2 apartado 2). Se entiende entonces desde esa perspectiva que la documentación que se traduce en los estados financieros es preparada por el Comité de Auditoría (interno) y revisada por la firma independiente (externo), aunque las variantes pueden ser diversas.

7.3. La limitación y el equilibrio del poder :

La empresa es, siempre, una forma de organización de poder y como tal debe ser regulada limitada para evitar abusos en su seno; pero obviamente sin restringir en exceso tampoco el derecho de los propietarios de la misma como tal (accionistas).

Pese a esta posibilidad del ejercicio del derecho por parte de los accionistas, las normas de buen gobierno corporativo coinciden en establecer recomendaciones para limitar y equilibrar el poder.

Al respecto, son dos los puntos esenciales a los cuales se refieren las disposiciones vinculadas a la limitación y equilibrio del poder que he encontrado en los distintos documentos sobre buen gobierno corporativo. Así tenemos :

- La separación de funciones con claridad :

Una de las más importantes manifestaciones de límite y el equilibrio del poder al interior de la persona jurídica es, sin duda alguna, la necesidad de una adecuada separación de funciones y atribuciones de los distintos órganos societarios.

Julio Salas, a mérito de un comentario a la distribución de funciones que hace la Ley General de Sociedades respecto a la Gerencia y al Directorio, expone con claridad el problema de una deficiente técnica en la realidad nacional :

“ no se aprecia una clara delimitación de las competencias de uno y otro órgano social, salvo las referidas a la jerarquía y a la atribución

del Gerente General respecto de los actos y contratos ordinarios. Se genera así una equivocada percepción de lo que corresponde a cada quién, llegándose, en muchos casos, a reconocer al gerente funciones que, propiamente, corresponde al Directorio y viceversa; en otros casos, la falta de claridad genera que las sesiones de Directorio resulten una mera exposición de los asuntos que la gerencia estima necesario someter a consideración del Directorio, convirtiéndolo en un órgano pasivo cuando, por el contrario, debe participar activamente ”³² .

Solamente una adecuada y clara separación de funciones permitirá que los órganos societarios tengan delimitado su poder, lo cual contribuirá a que no abusen de aquel al saber (o tener) un límite claro. Más aún, solamente llegando a delimitar con claridad qué funciones corresponden a cada quien, se evitarán problemas que en sede procesal penal aparecen ante una imputación criminal determinada.

Las normas de buen gobierno corporativo no solamente colaboran en este propósito, sino que además, en muchos casos, proponen la creación de otros nuevos órganos al interior de la sociedad que “*alivianen*” las funciones de los otros y a la vez, eviten la concentración de poder. Un ejemplo que cabe traer a colación sobre este tema es la propuesta contenida en los Lineamientos para el Código Andino de Gobierno Corporativo del mes de abril de 2005³³ que sugiere la conformación de una Comisión de Nombramientos y Retribuciones que auxilie al Directorio en temas como el control de las operaciones vinculadas.

³² SALAS SANCHEZ, Julio. El gobierno corporativo y las funciones del Directorio y de la Gerencia en la Ley General de sociedades (en línea). www.mcfperu.org

³³ Este documento fue patrocinado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) y encargado en su elaboración a la firma española IAAG S.A.

En suma, de lo que se trata con este tipo de propuesta, que bien podrían ocupar todo un desarrollo compendiado en un libro, no es trabar la correcta y normal ejecución de las actividades de la empresa, sino evitar – como dije – el abuso del poder y la perpetración de fraudes en la sociedad, es decir, evitar crear mayores riesgos a los ya existentes en la vida actual.

- Tratamiento igualitario a todos los accionistas

Este, es tal vez uno de los puntos fundamentales del buen gobierno corporativo reconocido por la generalidad de los documentos evacuados al respecto (los principios de la OCDE, la Ley Sarbanes Oxley, Informe Winter ³⁴ , etc.).

Más allá de las recomendaciones de protección de las minorías como el principio de igualdad de voto o el derecho a la no dilución en la participación en el capital de la sociedad ³⁵ , lo que tiende a esta idea fundamental es a lograr la igualdad en el ejercicio del poder que se involucra al interior de la sociedad ³⁶ .

7.4. Evitación de los conflictos de interés :

Los conflictos de intereses son, sin duda alguna, el origen a los grandes fraudes corporativos de la actualidad como cuando por ejemplo un alto funcionario de una empresa cualquiera se enriquece

³⁴ Este documento fue elaborado por la Comisión Europea para la reforma y modernización del Derecho Societario en Europa luego de la reunión de Ministros de Economía de Oviedo del mes de abril de 2002. El informe fue culminado en noviembre de 2002 y mejor conocido como Informe Winter en reconocimiento al profesor holandés Jaap Winter, quien presidió el grupo de expertos.

³⁵ Léase al respecto el documento de los Lineamientos para un Código Andino de Gobierno Corporativo patrocinado por la Corporación Andina de Fomento (CAF) en www.caf.com

³⁶ Al respecto ver acápite No 4.

favoreciendo a otra empresa de su propiedad con contratos perjudiciales.

Las sociedades, como personas jurídicas que son, poseen un determinado interés que se identifica con el de todos denominados stakeholders. Sin embargo, se sostiene que existe conflicto de intereses cuando el fin perseguido por la sociedad es distinto (contrapuesto) al de uno o más de sus funcionarios, resultando éste favorecido económicamente en detrimento de la empresa. El ejemplo más claro se aprecia en los negocios personales de los funcionarios cuando colisionan y afectan los negocios sociales, valga la redundancia. A mérito de este tema surge una interrogante en el caso en que el negocio personal por ejemplo, no resulta contrario (perjudicial) a la sociedad, o incluso le es favorable, ¿supone ello un conflicto de intereses?. Particularmente considero que no por el propio contenido del término “*conflicto*”³⁷, sin embargo podríamos encontrarnos ante la vulneración del principio de transparencia si el negocio personal es oculto.

Básicamente, los conflictos de intereses al interior de la sociedad se manifiestan sobre tres puntos esenciales de los cuales también se ocupan los instrumentos evacuados sobre el particular. Como quiera que este punto reviste considerable importancia de cara al tema que ocupa el presente trabajo, a continuación una breve reseña que luego será ampliada al ingresar ya propiamente en materia penal empresarial :

a) Oportunidades de negocio

³⁷ “*Conflicto*” es equivalente a lucha, pelea en sentido figurado. Al respecto, REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. 22º Edición. Volumen 3. Madrid. Editorial ESPASA. Pág. 420.

Las oportunidades de negocio son tal vez, como lo dije anteriormente, la manifestación más representativa de los conflictos de interés en las sociedades.

Como parte de las recomendaciones que hacen los instrumentos en particular, existe una coincidencia en señalar que es deber de los funcionarios o accionistas, declarar la existencia previa de un conflicto en este extremo con la sociedad. Así por ejemplo Candido Paz – Ares señala que son cinco los ejes sobre los cuales debe descansar una adecuada política de evitación de los conflictos de intereses en lo que a oportunidades de negocio concierne :

- La prohibición de realizar operaciones vinculadas con la sociedad o sus subsidiarias (entiéndase operaciones en la cual la empresa actúe como “*contra-parte*”).
- La prohibición de explotar la posición de administrador con fines privados (información privilegiada por ejemplo).
- La prohibición de aprovechar oportunidades de negocio de la sociedad o sus subsidiarias.
- La prohibición de entrar en competencia con la sociedad o sus subsidiarias.
- La prohibición de intervenir y votar en asuntos en que el administrador tenga interés personal ³⁸.

³⁸ PAZ – ARES, Candido. “*Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores*”. Ponencia presentada en el marco del Tercer Encuentro de la Mesa de Trabajo de Gobierno Corporativo para la Latinoamérica, auspiciada por la OCDE y el Banco Mundial. México, 08 al 10 abril de 2002.

Aunque de las recomendaciones antes propuestas (sobre todo la última) se infiere que las reglas para la evitación de conflictos de intereses se encuentran fundamentalmente dirigidas a los miembros del Directorio (o Consejo de Administración), es posible que éstas también puedan (y deban) hacerse extensivas a otros funcionarios de la sociedad como el Gerente por ejemplo. De ello se colige que las reglas – a excepción de la quinta, obviamente - cubren el ámbito de cualquier funcionario que potencialmente pueda ingresar a tener estas relaciones conflictivas con la empresa.

Como quiera que el ocultamiento de un conflicto de interés por parte del funcionario implica la vulneración del deber de lealtad o fidelidad que éste debe tener para con la sociedad, esto ha motivado la preocupación del buen gobierno corporativo y de los documentos que se han producido al respecto como lo sugiere el Código Olivencia.

El Código Olivencia también hace a su vez extensivo el cumplimiento del deber de fidelidad a los llamados “*accionistas significativos*”, a quienes conceptúa como “*aquellos capaces de influir, individual o conjuntamente, sobre el control de la compañía*”. En ese sentido, el mismo documento propone tres reglas básicas para el control de este tipo de situaciones por el Consejo de Administración (Directorio) :

- La regla de la competencia, por la cual el Consejo debe reservarse el conocimiento de cualquier transacción directa o indirecta entre un accionista significativo y la sociedad.

- La regla de la transparencia, por la que el Consejo queda obligado a publicitar estas operaciones en la memoria anual.
- La regla de la abstención, que finalmente determina la obligación de abstenerse por parte de estos accionistas significativos en las votaciones de las juntas.

Como vemos, las normas de evitación de conflictos de intereses son claramente preventivas ya que si la situación es un hecho consumado y ésta ha desencadenado un resultado perjudicial, podría suscitar el interés del Derecho Penal conforme lo veremos luego.

b) Uso de activos sociales

Por principio de lógica elemental, no puede ser irregular ni prohibido el uso de los activos sociales. Lo que se sanciona es el mal uso o, mejor dicho, el abuso. Al respecto el American Law Institute (ALI), ha establecido que la dilapidación de activos sociales implica *“ un gasto de fondos sociales o la liquidación de activos sociales sin recibir una contraprestación alguna y sin que exista un objetivo empresarial racional o, si se recibe contraprestación, cuando ésta es tan inadecuada en cuanto a su valor que ninguna persona de sano juicio empresarial la consideraría digna de lo que la sociedad haya pagado ”*³⁹.

Dicho sea de paso y dado el matiz que se ha otorgado al término *“dilapidación”*, la evaluación sobre la razonabilidad del uso de los activos sociales o el ejercicio del sano juicio empresarial, se

³⁹ AMERICAN LAW INSTITUTE. Principios de Gobierno Corporativo : Análisis y Recomendaciones. 1994. (acápito No 1.42)

sitúa dentro del criterio de una persona que regularmente no tiene conocimientos para ello (Juez), quien tendrá que apelar a los auxilios técnicos de terceros para arribar a un decisión.

Lo que efectivamente queda claro es que el mal uso, el abuso o la dilapidación⁴⁰ de activos denota un apartamiento de la línea de beneficio de la sociedad, entendiéndose que la utilización del activo no busca un favorecimiento de la empresa, aún cuando incluso no le sea perjudicial pues basta que no le genere rentabilidad económica.

Esta prohibición de dilapidación de activos sociales - está claro - se encuentra dirigido a todos los funcionarios de la empresa y prioritariamente a quienes tienen la facultad de usar los bienes sociales, es decir a aquellos que por su propio rol dentro de la empresa, deben valerse de los mismos. Pero cabría interrogarse a esto si la prohibición en cuestión también se hace extensiva a los propietarios de la empresa (a los accionistas).

Sobre el particular, la misma ALI establece tres reglas que podrían ser de utilidad a fin de determinar si existe un buen uso de los activos sociales⁴¹ para el caso de los accionistas de control⁴² pero que – finalmente – vale para el supuesto de todos los accionistas. La regla general es que el accionista no utilice

⁴⁰ Considero que el término “*dilapidar*” resulta más propio en el contexto del tema abordado a tenor de lo señalado por la Real Academia de la Lengua que define a esta palabra como “*malgastar los bienes propios o los que alguien tiene a su cargo* “. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. Volumen 4. Pág. 557.

⁴¹ La ALI también comprende en este análisis a la información, que dicho sea de paso también puede formar parte de los activos de una sociedad.

⁴² Accionista de control es aquella persona que conjunta con otras o individualmente, en suma, ejerce “ una influencia determinante sobre la dirección o política de la sociedad o de la operación o actuación en cuestión “. AMERICAN LAW INSTITUTE. Principios de Gobierno Corporativo : Análisis y Recomendaciones. 1994. (acápite No 1.10).

los activos de la sociedad, pero existen las siguientes excepciones :

- Que se compense adecuadamente a la sociedad por dicho uso y si la operación es equitativa, así como previamente puesta en conocimiento del órgano correspondiente.
- Que “ *todo beneficio obtenido por el accionista de control sea bien disponible proporcionalmente al resto de los accionistas que gocen de una posición similar, o bien proceda exclusivamente del uso de su posición y no resulte inequitativa para los demás accionistas; y dicho uso no sea ilícito* ” ⁴³ .

El tema del uso de los activos es todo un terreno nuevo en lo que a materia penal concierne (al menos desde el punto de vista de la legislación nacional), ya que, existen muchas variantes que al respecto se pueden verificar en la realidad.

c) Política remunerativa

La política de remuneraciones, la igual que los otros dos puntos mencionados anteriormente, también constituye un aspecto a tener en cuenta cuando se habla de conflicto de intereses. Ello se debe a un hecho en concreto : en las más altas jerarquías funcionales de una empresa cualquiera, existe siempre el conflicto de fijarse a uno mismo la retribución por el trabajo prestado.

⁴³ AMERICAN LAW INSTITUTE. Principios de Gobierno Corporativo : Análisis y Recomendaciones. 1994. (acápito No 5.11)

Aunque bien este parece ser un conflicto más ético, el tema varía ostensiblemente cuando existe una política remunerativa desproporcionada que, siempre, va a implicar, de una u otra manera, una dilapidación de activos sociales.

¿Cuál es la mejor forma de manejar la política remunerativa al interior de la empresa? es la interrogante que hay que despejar en este caso.

El principio elemental o al menos el más adecuado, es que las remuneraciones deban ser – como lo sostiene en Informe Hampel ⁴⁴ – lo suficiente “ *para atraer y retener a los consejeros necesarios para dirigir satisfactoriamente a la sociedad* ”, ello por que esta política, finalmente, traerá resultados positivos en la propia rentabilidad económica de la empresa. Luego entonces, si se tiene a los mejores profesionales (los mejor pagados), se espera razonablemente que la rentabilidad económica de la empresa crezca. Así también lo reconoce el citado Informe Hampel al mencionar que “ *los elementos de la remuneración deben estructurarse de tal modo que se vincule la compensación económica al rendimiento individual y al de la sociedad* ” ⁴⁵ , lo cual se traduce en que a mayor rentabilidad, mayor aliciente económico a quien forma parte de su generación. Esta, en mi concepto, es una política de remuneraciones consecuente.

La gran mayoría de los distintos instrumentos que se han evacuado sobre buen gobierno corporativo, coinciden en la línea

⁴⁴ El Informe Hampel originalmente denominado como Informe del Comité para el Gobierno Corporativo se evacuó bajo el auspicio de la Bolsa de Valores de Londres, la Confederación de la Industria Británica y otros organismos afines en el año 1998 para revisar las recomendaciones de los Informes Cadbury y Greenbury. Posteriormente y en conjunto con los documentos antes aludidos pasó a formar parte del “*Combined Code*”.

⁴⁵ Informe Hampel. Apartado I.

de política expuesta anteriormente aunque con algunos matices como el caso del Informe Cadbury ⁴⁶ que postula la necesidad de publicitar las remuneraciones de los Directores y el criterio adoptado para su determinación.

Variantes más, variantes menos, el tema de las políticas remunerativas también ocupa un lugar en el análisis desde la perspectiva del Derecho Penal.

El problema también se enfoca por ejemplo en cuanto a los gastos de defensa de los funcionarios por delitos en ejercicio del cargo o en cuanto a los préstamos de la sociedad a sus funcionarios por ejemplo, que si bien no son directamente puntos concernientes a la política remunerativa, guardan relación con este tema en cuanto a la transparencia y el patrimonio social.

7.5. Compromisos éticos de los órganos para con la empresa :

En algo que también coinciden los distintos documentos que se han producido sobre buen gobierno corporativo, es en la necesidad de reforzar ciertos compromisos éticos de los funcionarios para con la sociedad, compromisos que si bien parten de una alta esfera jerárquica, finalmente se deben hacer extensivos hasta el último de los trabajadores de la misma.

Así por ejemplo, el Informe Cadbury recomienda que todos los funcionarios de la empresa sepan “ *de antemano y con claridad*

⁴⁶ El Informe Cadbury fue elaborado en el año 1992 en el Reino Unido por una Comisión propuesta por el gobierno y presidida por Sir Adrian Cadbury (Cadbury Committee) e instituido por la Bolsa de Valores de Londres.

qué conductas se esperan de ellos ” ⁴⁷ , razón por lo que es necesario la implantación de códigos éticos o conductas internas de la empresa.

La discusión sobre la necesidad de inclusión de códigos éticos despierta una vieja rencilla entre Derecho y Ética que luego abordaré con mayor amplitud, pero que sin embargo ya he adelantado (ver acápite No 5.1). Sin embargo, como otro adelanto podré decir que al no ser los códigos éticos, obligatorios o vinculantes, como lo son una norma legal, se cuestiona su valía en el contexto de la posible previsión de conductas fraudulentas. No obstante ello, al poder ser puestos en conocimiento de los inversionistas como lo sugiere el mencionado Informe Cadbury, implican sin duda alguna “*una buena señal en el mercado*” que una empresa cualquiera los adopte.

⁴⁷ El Informe Cadbury hace expresa referencia a “*estándares de conducta*”, y no leyes, regulaciones u otro tipo de normas. OLCESE SANTONJA, Aldo. Op. Cit. Pág. 78.

CAPITULO II - BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y DERECHO PENAL

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

Empieza en este capítulo ya el engarce entre el concepto antes presentado y el campo de estudio del Derecho Penal. Como resulta ya obvio, la idea de buen gobierno corporativo tiene directa incidencia en la vida de la empresa y en general de toda persona jurídica como factor de autorregulación o autogobierno. Como podremos apreciar también, esta idea no solamente puede hacerse extensiva a esas figuras sino también a cualquier estructura organizada (como por ejemplo, partidos políticos).

Así, la finalidad de este capítulo es ya palpar los vértices de encuentro entre Derecho Penal y buen gobierno corporativo, ello antes de medir el real impacto que sobre nuestra ciencia ha de tener.

2. LA PERSONA JURÍDICA COMO OBJETO DE ESTUDIO DEL DERECHO PENAL

Nadie duda, hoy por hoy, que la empresa se ha convertido en una notable protagonista de lo que involucra este sistema globalizado o mundializado ⁴⁸. El notable protagonismo al cual me refiero es más que evidente y sólo basta ver como actualmente las empresas contratan,

⁴⁸ Es importante señalar la diferencia que entre los términos mundializado o globalizado hace el profesor David Baigún, precisando que *“el término mundialización, se genera en la bibliografía francesa, con acogida frecuente en los organismos europeos; responde, como veremos, más adelante, a la misma cosmovisión, aunque tal vez sea más próxima a la realidad en cuanto a que, a diferencia de la globalidad – que aparece como un circuito más cerrado – apunta a la idea de que la liberalización y desregulación debe ser llevadas hasta sus última consecuencias, sin límites para los movimientos de las empresa, y permitir de este modo que todos los dominios de la vida social sean sometidos al patrón del capital privado”*. BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires. Ediciones Depalma. 2000. Pág. 5.

financian, influyen en la vida económica y política de un país y, por supuesto, también delinquen, o mejor dicho, se constituyen en vehículos adecuados para ello. Bastaría con este breve recuento para dar por cerrado este apartado y dar paso al siguiente quedando con ello justificado el porque la empresa es objeto de estudio del Derecho Penal; sin embargo, considero indispensable realizar algunas precisiones para situarnos adecuadamente en el tema y así justificar más ampliamente este protagonismo del cual me pretendo ocupar en estas líneas.

Lo primero que hay que destacar sobre el punto en cuestión pasa por hacer una breve distinción terminológica que nos llevará a un enfoque más preciso. Se habla, a veces, indistintamente de persona jurídica, empresa y corporación, de manera que podríamos entender de ello que se trataría de conceptos sinónimos pero eso no es así. Empecemos entonces por definir que involucra cada término para luego apreciar realmente cuál es el protagonista del que vengo tratando.

Desde mi punto de vista, existe una diferencia sustancial entre lo que determinan los conceptos de persona jurídica y empresa, siendo esta diferencia muy simple a mi parecer. Persona jurídica es el género y empresa la especie, con lo cual – propiamente – no hay diferencias sino más bien complementos. La idea de persona jurídica trae consigo a la del reconocimiento o existencia jurídica de una empresa valga la redundancia, razón por la que pueden existir, por ejemplo, empresas irregulares (no constituidas legalmente pero funcionando), pero lo que no pueden existir son personas jurídicas irregulares ya que, como insisto, esta acepción implica necesariamente un reconocimiento formal de acuerdo al ordenamiento jurídico de un determinado país.

Así también dentro del concepto de persona jurídica se incluyen a las asociaciones o fundaciones que, ciertamente no son empresas ya que,

en resumen, no poseen finalidad lucrativa como si ocurre con la empresa. Claro está que esta ausencia de finalidad lucrativa no supone que, por ejemplo en el caso de una fundación, pueda ser utilizada como “vehículo criminal”⁴⁹.

Tomando en cuenta lo expuesto, debo mostrar mi discrepancia académica con lo señalado por el profesor Carlos Torres y Torres Lara⁵⁰ quien alude a que la diferencia entre persona jurídica y empresa se equipara a la relación sujeto – objeto. Concretamente, sostiene el destacado profesor nacional que la persona jurídica es sujeto de derechos y obligaciones, en tanto que la empresa es objeto de afectaciones, incluso esta se puede vender como negocio que es. Insisto, el concepto de persona jurídica determina el revestimiento legal que se le da a la empresa, constituyendo esta – como tradicionalmente se entiende – la unidad de producción de bienes y servicios. Es una incorrección confundir a la empresa con el negocio que esta realiza, razón por la cual empresa no puede equipararse a objeto.

El punto medular para hacer relevante la intervención de una persona jurídica a efectos penales es si ésta tiene participación en el mercado y realiza actividad económica⁵¹, con prescindencia de que su finalidad o razón de ser es lucrativa o no. Lo relevante entonces es el concreto interés en el actuar de la persona jurídica, sin reconocer con el término “interés” un movimiento psicológico que obviamente no realiza.

⁴⁹ Cfr. CERVINI, Raúl y ADRIAZOLA, Gabriel. El Derecho Penal de la empresa desde una visión garantista. Buenos Aires. Julio Cesar Faira – Editor. 2005. Pág. 115.

⁵⁰ TORRES y TORRES LARA, Carlos. Derecho de la empresa – Teoría de la empresa y materiales de trabajo. Lima. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. 1987. 27 – 41.

⁵¹ Cfr. MEINI MENDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999. Pág. 72.

Resta ahora ocuparme de la diferencia que separa a los conceptos de empresa y corporación ⁵², siendo este último concepto mencionado el que despierta el interés dado que hablamos de buen gobierno corporativo.

El término corporación proviene del idioma inglés, concretamente de la palabra “*corporation*” ⁵³. William Cecil Headrick ⁵⁴ indica a estos efectos que corporación es sinónimo de lo que conocemos como sociedad. Dentro de una clasificación que hace el propio autor existe la denominada “*business corporation*” (semejante a lo que conocemos como sociedad anónima), forma esta que reparte utilidades al final de un ejercicio, a diferencia de lo que ocurre con la “*non profit corporation*” que no lo hace.

En suma, contrariamente a la errada idea que se tiene que una corporación representa un conglomerado de empresas (como un holding por ejemplo), este término en realidad supone “*el par inglés*” de lo que se concibe como sociedad mercantil, de lo que proviene el término corporate governance que involucra, como lo sostuve inicialmente y en brevedad, el adecuado gobierno de una corporación o sociedad. Tal vez, ciñéndonos a una estricta utilización de nuestro idioma debería hablarse de buen gobierno de las personas jurídicas, en lugar de buen gobierno corporativo, más aún si se toma en cuenta que estas normas no solamente se aplican a empresas listadas, sino también a empresas públicas, partidos políticos, asociaciones, etc.; en general a toda forma organizativa que necesite de un gobierno o manejo adecuado. No obstante esta precisión, debo respetar el origen del término.

⁵² Las diferenciaciones conceptuales podrían extenderse hasta términos como sociedad, persona moral, etc., mas por una cuestión de método y espacio solamente me ocuparé del ámbito ya propuesto líneas arriba.

⁵³ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. Editorial ESPASA. Volumen 3. Pág. 448.

⁵⁴ HEADRICK, William Cecil. Rasgos distintivos de la corporation en comparación con la sociedad anónima (en línea). www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/2/art2.pdf

Ahora bien, hecho este necesario deslinde terminológico, corresponde abordar el tema del fundamento real que hace de la empresa o propiamente de la persona jurídica, el protagonista de los actuales hechos que interesan al Derecho Penal Económico, ya que no basta decir, como lo hice anteriormente, que ello es evidente. En ese sentido, he podido apreciar que, básicamente, son tres los factores que promueven este protagonismo :

a) La propia naturaleza de la empresa

Aquí hablo de empresa porque esta tiene una naturaleza distinta a la de la persona jurídica aunque una sea género y la otra especie.

Tal como lo desarrolla Richard Posner ⁵⁵ al explicar este tema, el método de empresa, a diferencia del método contractual, implica una forma de organización de la producción con menor generación de costos de transacción al inicio, ya que en vez que el productor negocie con cada uno de los integrantes del proceso productivo, valga la redundancia, como ocurre en el método contractual; en el método empresa, el productor asigna un salario a cada interviniente fundamentalmente por el derecho a dirigir su desempeño. No obstante ello, el método de empresa afronta un problema de gran interés para el Derecho Penal : la pérdida de control en la propia organización por parte del empresa (problema de costo – agencia), y ese es el punto de partida para deducir que la empresa pueda ser protagonista de hechos delictivos. Por esa razón es que, tomando como base los acontecimientos recientes (caso Enron por ejemplo), la empresa se ha convertido en una forma de “*organizada*

⁵⁵ POSNER, Richard. Op. Cit. Págs. 371 - 372

irresponsabilidad” como lo refiere Schünemann ⁵⁶, lo que acrecienta los problemas de individualización de responsabilidades penales debido a que su propia estructura puede, dadas la circunstancias, facilitar la comisión de numerosos delitos y la impunidad. Así la empresa se convierte en el “*pajar*” en donde hay que buscar la “*aguja*” de la responsabilidad penal. Es por ello que el Derecho Penal Económico debe poner, y le está poniendo, especial atención.

La empresa actual es una estructura compleja que, como lo he señalado, genera dificultades de imputación cada vez mayores conforme crece en dimensión ya que por ejemplo, cada vez menos se toman decisiones centralizadas, lo cual provoca una aminoración de las responsabilidades individuales ⁵⁷. Otro problema más.

Aunado a lo antes dicho y como lo destaca Schünemann, la actividad de la empresa se caracteriza por la escisión entre acción y responsabilidad, de manera que el que realiza la acción no es responsable y el que lo es, en cambio, no actúa o no lo hace en un sentido plenamente típico ⁵⁸.

Resumiendo, la propia naturaleza de la empresa, de lo que deriva su estructura y actividad, hacen que esta forma organizativa se convierta en este protagonista del que me vengo ocupando en estas líneas; prioritariamente porque la empresa no puede renunciar a lo que es (porque el lobo no puede renunciar a lo que es tampoco). Esta afirmación, cabe decirlo, ha motivado el surgimiento de las

⁵⁶ SCHÜNEMANN, Bern. Cuestiones básicas de dogmática jurídico – penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Traducción por Jesús María Silva Sanchez. Lima. IDEMSA. 1998. Pág. 533.

⁵⁷ Cfr. TERRADILLOS BASOCO, Juan. Buenos Aires. Empresa y Derecho Penal. Villela Editores. Pág. 36.

⁵⁸ SCHÜNEMANN, Bern. Op. Cit.. Pág. 531.

constantes propuestas sobre la posible responsabilidad penal de las personas jurídicas.

b) La globalización y la empresa de hoy

El fenómeno de la globalización constituye también otro de los factores que hacen de la empresa el actor principal de los hechos delictivos en la modernidad. Aunado a ello se agrega la propia desregulación, que a decir de Terradillos Basoco, como compañera de la globalización (aquí si utilizo el término exacto), involucra no sólo *“el abandono de la economía a las reglas del mercado mundial, sino en la materia que nos ocupa, con una doble tendencia político – criminal definida por el abstencismo – en áreas que puede disciplinar el mercado de acuerdo con los intereses del contratante más fuerte - y la rígida intervención – cuando se trata de asegurar la pax pública requerida por ese mismo mercado ”*⁵⁹. De esa manera, tomando como contexto a la globalización, así como la desregulación que ella supone, dentro de un territorio criminal en donde actualmente es relativo hablar de fronteras, la actividad delictiva en la que se pueda ver involucrada una empresa es alentada, si cabe el término por las facilidades que ambos factores propician.

El fenómeno antes expuesto puede apreciarse con claridad en el caso, por ejemplo, de las transnacionales⁶⁰ dadas las distintas coyunturas que pueden presentarse entorno a las particularidades de cada economía y los intereses propios de la empresa. En efecto, un problema de grandes proporciones en cuanto a la actuación de transnacionales, es el referente a la vigencia territorial de la ley que, en ciertos casos, puede traer todo un dilema consigo tal como podría

⁵⁹ TERRADILLOS BASOCO, Juan. Op. Cit. Pág. 34.

⁶⁰ Cfr. NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit.

sucedan con los ilícitos relacionados a negocios vía internet, en donde determinar el lugar consumativo, la ley penal vigente, puede resultar difícil por decir lo menos. La actividad de las transnacionales también involucra casos como los que acontecen con ciertas empresas instaladas en paraísos fiscales con el objeto de ocultar bienes de procedencia ilícita, empresas off shore generalmente para lavado de activos y que luego extienden sus actividades a otros países; ingresan acá problemas como el de la propia naturaleza de la empresa off shore (prioritariamente anónima) que son un escollo para la identificación de personas e intereses detrás del negocio ilícito.

Ciertamente, en los negocios actuales o mejor dicho en el tráfico económico actual, la empresa es el único sujeto capaz de afrontar con éxito el fenómeno de la globalización que favorece el anonimato en las relaciones comerciales con los riesgos que ello determina. Dicho en otras palabras, actualmente, quien no actúa como empresa en este sistema económico globalizado, prácticamente no existe; luego entonces, quien básicamente se encuentra invitado a delinquir es la propia empresa. Ello aunado a que la determinación de las eventuales responsabilidades penales son, como ya lo mencioné, más difíciles ahora que antes. Por esa razón es que sostengo que el fenómeno de la globalización es una variable que el Derecho Penal de hoy debe saber afrontar para no perderse y motivar así, ante su fracaso, que la empresa se convierta en vehículo criminal con apariencia legal.

c) La empresa como generadora de riesgos

Notable es la ejemplificación que hace Laura Zuñiga ⁶¹ respecto a la calidad de generadora de riesgos que ostenta la empresa actual. Así, Zuñiga refiere que las distintas fases en las cuales la empresa desarrolla su actividad se advierten riesgos puntuales, a saber : 1) en la fase de producción, esta generación de riesgos coincide con la materialización de accidentes laborales muy comunes a nivel de industrias; 2) cuando los bienes ya han sido producidos (se encuentran terminados), el riesgo se genera para el consumidor en el caso de los productos defectuosos (como el caso “*talidomida*” por ejemplo) y; 3) finalmente, los riesgos también se encuentran presentes en el manejo de los residuos industriales que a su vez generan las grandes contaminaciones.

Como vemos, la empresa de hoy constituye un ambiente propicio de generación de riesgos acorde a la forma como se concibe actualmente a la propia sociedad en la que vivimos ⁶².

Especial atención, dado el tema del que vengo hablando, merece el concepto de empresa en el contexto de lo que se conoce como criminalidad organizada. Si bien ambos conceptos poseen como referente esencial a una estructura organizativa, no son iguales, salvo las coincidencias representadas en las llamadas “*empresas de fachada*” o “*empresas mafiosas*” detrás de las cuales se halla una organización criminal, a pesar de estar hablando de una empresa como indica el propio término. Sobre este punto, también se aprecian casos en los cuales dentro una empresa constituida, bajo los lineamientos de un objeto social lícito, se encuentra enquistada una

⁶¹ ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2º Edición. 2003 Págs. 82 – 85.

⁶² Al respecto CARO CORIA, Carlos. “*Sociedades de riesgo y bienes jurídicos colectivos*”. Themis No 37. Págs. 195 – 208.

organización criminal y estable que controla la organización ⁶³, valga la redundancia. En principio, como ya lo he acotado anteriormente, todas las empresas son constituidas con un fin lícito ya que existe la imposibilidad impuesta por el propio ordenamiento jurídico, además que esto constituiría ciertamente, una necesidad de grandes proporciones. Esto me lleva a sostener que, en casos de criminalidad organizada con concurso de empresas, existe una aparente licitud que no nos debe motivar la confusión que frecuentemente se presenta al equiparar los conceptos de criminalidad empresarial y criminalidad organizada como sinónimos.

Crimen organizado ("*organizad crime*") como lo recuerda el maestro Zaffaroni, es un término que sirve para identificar a aquellos fenómenos delictivos con pluralidad de agentes, así como un grupo determinado de dañosidad social ⁶⁴ . Complementando, podría decirse que el crimen organizado o la criminalidad organizada representa una habitualidad y estructuras dedicadas a cometer delitos, aunque aún no haya consenso respecto a este tan polémico término. Tal vez la característica que mejor defina o identifique a una organización criminal, es su perfecta simbiosis con el tipo de economía de su entorno ⁶⁵ , aspecto que quizás también sea lo que motive su confusión con la idea de criminalidad empresarial.

Por otra parte, el concepto de criminalidad empresarial ya ha sido definida por Schünemann como aquella que abarca los delitos económicos por medio de la actuación para una empresa, en la que se lesionan bienes jurídicos e intereses externos incluidos los propios

⁶³ Cfr. CERVINI, Raúl y ADRIAZOLA, Gabriel. Op. Cit. Pág. 126.

⁶⁴ ZAFFARONI, Raúl. "*El crimen organizado : una categoría frustrada*". Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Edición en Homenaje a Ricardo Nuñez. Nueva Serie No 01. Págs. 251.

⁶⁵ Cfr. CUBERT, Jaume. La criminalización de la economía y la política (en línea). www.iigov.org Gobernanza y seguridad sostenible.

intereses y bienes de los colaboradores de la empresa ⁶⁶. Así, hablando ya ejemplos palpables, pueden darse supuestos de aquel suceso que, sin ser criminalidad organizada, constituyan criminalidad empresarial; verbigracia caso Enron que, no obstante evidenciar una estructura detrás del desarrollo y planeamiento de los ilícitos que se consumaron, dista mucho de ser la criminalidad organizada que he tratado de identificar.

Todas las ideas plasmadas hasta el momento y muchas otras más que por cuestión de pertinencia no he desarrollado, son las que han llevado precisamente a la reacción del Derecho Penal y concretamente del Derecho Penal Económico bajo el nacimiento de una nuevo campo de estudio; me refiero al Derecho Penal de la empresa o Derecho Penal empresarial, concebido como sub-género dentro de la sub-rama del Derecho Penal Económico. Es decir, a la ya cuestionada y criticada sub-rama del Derecho Penal Económico, al parecer nos hemos propuesto complicar aún más las cosas dando nacimiento a este nuevo integrante. Sin embargo, en virtud del innegable protagonismo delictivo que ha adquirido la empresa, resulta indispensable tomar atención y dedicarle un espacio privilegiado de estudio dentro del Derecho Penal Económico.

Si el Derecho Penal Económico tiene por objeto de estudio aquellas vulneraciones contra los bienes jurídicos denominados “orden económico” y “orden socio – económico” ⁶⁷, el Derecho Penal de la

⁶⁶ SCHÜNEMANN, Bern. Op. Cit. Pág. 531.

⁶⁷ Conuerdo plenamente con la brillante distinción que hace el maestro Francisco Muñoz Conde quien presenta al orden socio – económico como un aspecto similar – aunque no idéntico – del término “orden económico”. Así, Muñoz Conde nos indica que el orden económico determina la incidencia del Estado en la actividad de la economía de un país, sosteniéndose dentro de ese espectro a los delitos tributarios que, por ejemplo, tienden a proteger la adecuada recaudación de los tributos, valga la redundancia. MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal – Parte Especial. Valencia. Tirant lo blanch. 3º Edición. 1999. Págs. 461-466

empresa tiene como objeto central de estudio, como resulta obvio, a la figura de la empresa, coyuntura que a la vez nos deja ante todo un mundo de complejidades que de por sí justifican el nacimiento de esta sub-división que, a la fecha, se encuentra en etapa “*adolescente*”.

3. ¿ HACIA UNA NUEVA FORMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA ?

3.1. *Estado actual de la cuestión*

Actualmente constituye una tendencia creciente a nivel europeo al menos (Francia, Dinamarca y recientemente España⁶⁸) aquellos países en los cuales se ha instituido un sistema que reconoce la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que los demás, como el caso peruano, aún impera el principio “*societas delinquere non potest*”. No obstante ello, existe una innegable sensación de que la tendencia innovadora se encuentra en crecimiento.

El orden socio – económico por su parte y aunque resulte obvio, involucra un aspecto mucho más imbuido dentro de lo social, sin llegar a la confusión con los delitos patrimoniales. En el contexto descrito, agregando a lo señalado por Muñoz Conde, debo referir que el delito socio-económico sin duda alguna tendrá alguna incidencia (aunque indirecta) en la economía de un país, de ello que a veces confunda su campo de acción con el orden económico; sin embargo debe encontrarse apartado de la relación Estado - ciudadano y además no llegar al extremo de confundirse con un relación estrictamente privada, ya que esto último se encuentra bajo la égida de los delitos patrimoniales. Por ello el delito socio – económico puede partir, situándonos por ejemplo en el delito de lavado de activos, de una relación privada (transferencia de bienes por ejemplo) o mediante mecanismos mucho más masivos que afecten a la colectividad (el sistema financiero). Obviamente sin llegar al absurdo de penar cualquier transacción que involucre la utilización de dinero de probable origen ilícito (comprar el pan por ejemplo). En todo caso, un criterio delimitador necesario para no caer en conductas de bagatela, sería indudablemente la magnitud de la transacción y su eventual incidencia en el plano del movimiento económico que ya he expuesto.

⁶⁸ Al respecto, léase el proyecto de Ley No 121/000052 por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal español que estatuye una forma de responsabilidad penal de doble vía “*pues junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho por las personas que tienen el poder de representación en las mismas, se añade la imputación de aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre los que ostentan dicho poder de representación*”.

Son muchas las razones a favor y en contra de este sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas al tal extremo que, hoy por hoy, viene siendo tal vez el debate más común dentro del Derecho Penal Económico como lo indican las múltiples obras que se han realizado al respecto. Desde ese punto de partida, básicamente, quienes muestran rechazo a la posibilidad de penar las conductas de las personas jurídicas lo hacen sustentados en dos razones que considero esenciales : 1) la persona jurídica no realiza conductas por si misma, se vale de las personas naturales, quienes son finalmente quienes cometen los ilícitos; y 2) la persona jurídica no experimenta ningún movimiento psíquico, de lo que se concluye que no puede, por ejemplo, enrostrársele conducta dolosa.

En el sentido propuesto, Zaffaroni ⁶⁹ indica, que en general el Derecho Penal es reacio a las ficciones, a diferencia de otras ramas como el Derecho Civil por ejemplo; es por ello que desde esa perspectiva, se concluye que - en atención al principio de mínima intervención – este asunto de sancionar a la persona jurídica precisa de figuras ya insertadas en el propio proceso penal, como el caso del tercero civil emplazado que básicamente deriva de responsabilidad civil ex delicto. Dicho en otros términos, ya no sería necesario introducir un nuevo sistema si el Derecho Penal “*tradicional*” puede ocuparse de ello.

Feijoo Sanchez ⁷⁰ ha establecido que la empresa - hablando de esta en particular - no es un sujeto peligroso porque simplemente no es sujeto. Luego, continúa Feijoo, diciendo que sólo se pueden

⁶⁹ ZAFFARONI, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires. EDIAR. Pág. 58.

⁷⁰ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. “*Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho Penal peruano*” en GARCIA CAVERO, Percy (coord.) La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima. Ara Editores. 2002. Págs. 251-252.

imponer sanciones a las personas jurídicas para frenar la actividad criminal de las personas físicas, siendo estas – agrega – las figuras centrales y estelares del Derecho Penal : el delito, hoy, es personalísimo.

La razón antes esgrimida fundamenta la existencia de las llamadas “*consecuencias accesorias*” que, dentro del proceso penal y sin perjuicio de la pena a imponerse al autor y partícipes de un evento delictivo, implica esta sanción alterna a la persona jurídica. Precisamente acerca de la naturaleza de estas consecuencias accesorias se ha venido también discutiendo mucho y en el caso de la legislación nacional esta figura en mi criterio presenta la fragilidad propia de una copa de cristal ⁷¹ .

La posición imperante, la de no admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas, no obsta, como lo sostienen los partidarios de la misma, que esta pueda ser sancionada bajo otros criterios dentro de un mismo procedimiento (responsabilidad civil en el proceso penal). Las razones, aparte de las que he señalado brevemente, incluso acuden a criterios de Justicia, como la postura de Sebastián Soler, que refiere que no es ningún progreso la imposición de penas a las personas jurídicas, pues no se ha medido la grave injusticia que representa a todos los asociados comprendidos incluso, a los que se opusieron e incluso a quienes

⁷¹ Para muestra un botón, léase el artículo 104 del Código Penal cuyo tenor es el siguiente :
“El Juez decretará, asimismo, la privación de los beneficios obtenidos por las personas jurídicas como consecuencia de la infracción penal cometida en el ejercicio de su actividad por sus funcionarios o dependientes, en cuanto sea necesaria para cubrir la responsabilidad pecuniaria de naturaleza civil de aquellos, si sus bienes fueran insuficiente”.

Esta norma, se puede advertir de una simple lectura, otorga la facultad al Juez Penal, mediante las consecuencias accesorias, de privar de los beneficios obtenidos a la organización en virtud del delito cometido, pero los imputa para cubrir la reparación civil con lo cual – en mi criterio – se confunde su real fundamento, ya que o bien son sanciones a la persona jurídica o bien son formas de restitución patrimonial, siendo que en este último caso pasarían a incluirse dentro de la ya comentada responsabilidad civil ex delicto.

votaron por otra administración para dirigir la sociedad ⁷² . Con argumentos como estos, en mi criterio, Soler no discute si técnicamente es viable o no en Derecho Penal implantar un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, sino que acude a un valor superior e inspirador, finalmente, del Derecho en general.

Desde otra perspectiva, la del Análisis Económico del Derecho (AED), la imposición del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas evidencia objeciones que lo hacen inconveniente de la forma en que los miembros de esta escuela observan al Derecho. Así, Gomez – Jara expone lo siguiente :

“ La respuesta ha sido, por lo general, negativa motivo por el cual los miembros de esta escuela señalan que la responsabilidad penal corporativa tiene unos “ efectos perversos ” (perverse effects). Las conclusiones básicas de su pensamiento son : (1) se parte de la premisa de que el único objetivo justificable económicamente es la creación de incentivos de comportamiento eficientes, alcanzables solamente a través de las sanciones óptimas; (2) la fundamentación de la responsabilidad penal corporativa es la disuasión; (3) los incentivos citados pueden alcanzarse con unos costes más bajos a través de la responsabilidad civil en lugar de la responsabilidad penal; (4) estos costes son más bajos debido a que las multas penales, a diferencia de las multas civiles adecuadas, no están vinculadas al daño social esperado, pues las multas vienen establecidas en cantidades determinadas legalmente que suelen disuadir la conducta corporativa escasa o excesivamente; (5) la responsabilidad civil no tiene los elevados costes de la responsabilidad penal, los cuales están asociados a ciertas

⁷² SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires. Editorial Tea. 1970. Tomo I. Pág. 250.

garantías procesales, que incluyen el derecho a un juicio por jurado y al baremo de prueba de “más allá de la duda razonable”; (6) el menor estigma de las sanciones civiles es asimismo deseable, ya que de esta manera se le inflige inútilmente al malhechor corporativo un castigo adicional que incluso supradisuade”⁷³.

3.2. La posición contraria

Valgan estas líneas para expresar mi adhesión a la instauración de una sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Obviamente, cualquier construcción que se haga en la línea propuesta va a partir de ciertas ficciones, ya que no es posible una “*traslación automática*” de las categorías dogmáticas a este nuevo sistema.

El Derecho Penal, verdaderamente, es reactivo a las ficciones como lo señala Zaffaroni pero ello no determina que haya oponerse a ver con criterios de necesidad y eficiencia que actualmente se hacen indispensables; razón de la que deriva en que, en casos como éste, se deba aceptar estas ficciones o adecuarse a las mismas⁷⁴.

La persona jurídica realiza acciones, lleva a cabo conductas, celebra contratos, los incumple; desde luego que realiza todas estas conductas valiéndose de personas naturales pero, al final, son

⁷³ GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos. “*Coporate criminal liability : algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU*” en GARCIA CAVERO, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima. Ara Editores. 2002. Págs. 313 - 314.

⁷⁴ Hablando de ficciones cabe poner un ejemplo en el cual se evidencia la presencia e importancia que estas tienen en el Derecho Penal, a pesar de las resistencias que este pueda oponer. Así, Roxin ejemplifica que basta con mirar la forma en la cual se imputa a una persona su contribución a un delito sobre la base de la conducta de otra (relación autor – cómplice), lo cual es una clara ficción del Derecho Penal. Al respecto ROXIN, Claus. Acerca del fundamento penal de la participación. En : Dogmática penal y política criminal. Traducción por Manuel Abanto Vasquez. IDEMSA. Lima, Perú. 1998. Págs. 371 - 400.

conductas que le son atribuibles a aquella; es decir, la persona natural o física “cede” su intervención corporal para darle realidad a la persona jurídica, para que esta ejecute sus acciones. Incluso, hablando de delitos que no requieren actividad corporal directa (por ejemplo delitos tributarios), la persona jurídica será la primera “imputada”⁷⁵. Claro está, que la persona jurídica no podría cometer un homicidio pero habrá casos como el descrito (delitos tributarios) en el cual si podrá estar involucrada y estos son los supuestos en los cuales este sistema se hace más interesante.

Abordando el plano subjetivo, resulta atendible la posición del connotado jurista argentino David Baigún⁷⁶ quien nos habla de una “voluntad social dolosa” que se verifica en el caso de las transnacionales por ejemplo, mediante la utilización de redes societarias que culminan un proyecto delictivo destinado a favorecer a una o más empresas del conjunto y no a la titular de la decisión. Esto significa, desde esta construcción teórica, que la persona jurídica por motivos estructurales adquiere “voluntad propia” diferenciada de la de sus órganos componentes (personas físicas). Es verdad que la persona jurídica no experimenta estos movimientos psíquicos que puedan hacerla autora de un delito doloso o imprudente como tal, pero tampoco cabe duda que, de acuerdo a su naturaleza, es posible vincularla a ellos por la propia actividad que realiza.

En el al tema de las consecuencias accesorias - de las cuales me he ocupado como uno de los cuestionamientos sobre este sistema nuevo – está, tal vez, aunque suene contradictorio, la mejor

⁷⁵ PRADEL, Jean. “La responsabilidad de la persona jurídica”, en HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo y SIMONS VALLEJO, Rafael (coord.). La responsabilidad criminal de las personas jurídicas : una perspectiva comparada. Valencia. Tirant lo blanch. 2001. Pág. 136.

⁷⁶ BAIGÚN, David. Op. Cit. Pág. 190.

demostración de la viabilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, partiendo de una premisa esencial : si se opta por sancionar a una persona jurídica por la comisión de un delito vía este mecanismo es porque alguna responsabilidad le compete del mismo ¿ no ?. Más aún, hablando a favor de esta posición, la misma teoría del actuar por otro, parte de la premisa de que la persona jurídica es la primera destinataria de la responsabilidad penal.

Lo que sucede es que en defecto de ello y porque prevalece el axioma “*societas delinquere non potest*”, se buscan otros mecanismos para imputar a la persona física, aunque a veces ello se torne por demás complicado. En ese sentido, coincido plenamente con Rodríguez Ramos quien refiere que la inclusión de las consecuencias accesorias es, de cara al principio *societas delinquere non potest*, una “*hipocresía dogmática*”⁷⁷. Ciertamente, por más que un sector se esfuerce en conceptualizarlas como medidas de naturaleza administrativa u otro lo catalogue como una forma mixta, es claro – al menos desde mi perspectiva – que en la práctica funcionan como verdaderas penas, aunque, insisto nuevamente, no penas en el sentido exacto del término, ello resulta de un postulado obvio y reconocido : si dentro del sistema tradicional la persona jurídica no puede cometer delitos, no podría sostenerse que pueda recibir penas. A lo que me refiero es que por más que se les denomine o catalogue de tal o cual forma, las consecuencias accesorias funcionan como penas reales, como el caso de la disolución por ejemplo, que tiene un carácter eminentemente penal

⁷⁸ .

⁷⁷ RODRIGUEZ RAMOS, L. “*¡ Societas delinquere non potest !. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión*”. La Ley. Año XVII. No 4136. Pág. 1.

⁷⁸ MERKEL, Adolf. Derecho Penal – Parte General. Traducción por Pedro Dorado Montero. Buenos Aires. Julio Cesar Faira – Editor. 2004. Pág. 52.

De otro lado, en relación al argumento de Justicia al cual apela Soler para oponerse a este nuevo sistema, cabría traer a colación lo indicado por Aftalión quien recurre a invertir el cuestionamiento señalando si, en todo caso, también no es injusta la “lavada de manos” que hacen ciertos personajes de la alta banca al achacar la culpa a la corporación si las cosas van mal de manera que el Estado “no encuentra una percha en que colgar el sombrero de la responsabilidad ” ⁷⁹. Y continúa Chichizola al ejemplificar el sufrimiento de la familia del delincuente condenado que, finalmente, sin tener alguna intervención en el delito cometido por aquel sufre consecuencias que repercuten en el presupuesto familiar y en la unidad de la misma ⁸⁰.

Por último, en cuanto a las posiciones que esboza el AED al sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, resulta oportuno señalar lo enfatizado por Carlos Gomez – Jara quien desbarata los fundamentos sobre la supuesta naturaleza de la responsabilidad penal corporativa. Argumenta Gomez – Jara que la disuasión no es el fin de nuestros sistemas, por lo que la primera objeción planteada por el AED no tiene asidero ⁸¹.

En la misma línea contraria a los argumentos planteado por el AED, en cuanto a los costos menores que podría ofrecer el Derecho Civil comparativamente a los Derecho Penal de cara a las garantías que este último exige, hay que decir que, hablando de garantías, los costos no cuentan pues – finalmente – se trata de respetar

⁷⁹ AFTALION, Enrique. “Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. La Ley. No 37. Págs. 281.

⁸⁰ CHICHIZOLA, Mario. “La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal”. Revista La Ley. No 109. Pág. 682.

⁸¹ GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos. Op. Cit. Págs. 314 – 315.

estándares que conformen lo que ahora se reconoce como Estado de Derecho.

La inclusión de este nuevo sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas es, en última instancia, una cuestión de necesidad ante lo que el Derecho Penal no puede cegarse pues perdería vigencia tornándose en una herramienta ineficiente ⁸².

4. LAS VINCULACIONES ENTRE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y DERECHO PENAL

Los argumentos antes planteados me llevan a poder identificar las vinculaciones existentes entre Derecho Penal y buen gobierno corporativo. He aquí estas :

- La primera vinculación que se advierte de la relación entre buen gobierno corporativo y Derecho Penal, nace de lo que me he ocupado en desarrollar líneas arriba : la empresa (o mejor dicho, la persona jurídica) y su protagonismo en los crímenes actuales del Derecho Penal Económico.
- De otro lado, una segunda vinculación se puede advertir del propio hecho que dio nacimiento a las normas de buen gobierno corporativo. Me refiero a los llamados fraudes corporativos como el tan conocido caso Enron. En efecto, las normas de buen gobierno corporativo son producto de la

⁸² Los argumentos antes planteados constituyen únicamente la contestación, a suerte de debate, en lo que los partidarios de mantener el “*sistema tradicional*” sostienen. Obviamente, por no ser pertinente al desarrollo del tema he omitido la presentación de propuestas que considero por demás interesantes entre las cuales debería definirse la suerte del “*nuevo sistema*” como la del profesor David Baigún (véase BAIGÚN, David. Op. Cit., la del jurista español Adán Nieto (véase NIETO MARTIN, Adán. Op. Cit. o la del también connotado académico español Carlos Gomez – Jara Diez (véase GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y Autoresponsabilidad empresarial – Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas (en línea). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminnet.ugr.es/recpc>) por citar algunas de las muchas otras que existen.

reacción preventiva para evitar la comisión de delitos en las corporaciones, de lo que se puede inferir que si este mecanismo no operase en una persona jurídica cualquiera, podrían abrirse de par en par las puertas a la criminalidad. Luego entonces, la relación entre buen gobierno corporativo y Derecho Penal, concretamente y Derecho Penal Económico, se torna más que evidente lo que hace necesario un engarce de los reales impactos que sufrirá la ciencia que estudiamos con la inclusión de las normas que recomienda el concepto de buen gobierno corporativo.

- La información, pilar fundamental de las normas de buen gobierno corporativo, ocupa también un importante sitio en el ámbito del Derecho Penal, por ejemplo cuando nos ocupamos de los delitos contables⁸³ que precisamente sancionan el indebido manejo de la información contable. Esta coincidencia se aprecia también en la conformación de ciertos delitos societarios en donde el adecuado manejo de la información de la persona jurídica es protegido, aunque actualmente exista una duda sobre si se requeriría – en dicho contexto – necesariamente de un perjuicio patrimonial para la configuración del ilícito. En todo caso, y dejando las particularidades de lado como por ejemplo la pobre técnica de tipificación evidenciada en el delito de fraude en la administración de personas jurídicas (artículo 198 del Código Penal peruano)⁸⁴, la tercera vinculación es real.

⁸³ Al respecto HERRERA VELARDE, Eduardo. Op. Cit.

⁸⁴ “Artículo 198 del Código Penal peruano :

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes :

- 1. Ocultar a los accionistas, socios, asociados, auditor interno, auditor externo, según sea el caso o a terceros interesados, la verdadera situación de la persona jurídica, falseando los balances, reflejando u omitiendo en los mismos beneficios o pérdidas o usando cualquier artificio que suponga aumento o disminución de las partidas contables.*
- 2. Proporcionar datos falsos relativos a la situación de la persona jurídica.*
- 3. Promover, por cualquier medio fraudulento, falsas cotizaciones de acciones, títulos o participaciones.*

- Otra vinculación se aprecia de las propias ideas fundamentales que representa el concepto de buen gobierno corporativo, verbigracia “*la evitación de los conflictos de interés*” (ver página 19). Así, de ser el caso, la probable omisión de aplicación de normas de buen gobierno corporativo podría derivar en que estos conflictos de interés no sean identificados, con lo cual, nuevamente, el peligro de la comisión de hechos punibles estaría latente. Ni que decir de la ausencia de controles internos o externos que a su vez podría generar precisamente un irregular manejo que conllevaría a los fraudes que el buen gobierno corporativo pretende frenar.
- Dicho sea de paso, hablando de los controles al interior y al exterior de la persona jurídica, esto también podría derivar en ciertas responsabilidades penales de la personas que ejerzan las respectivas funciones de control, apreciándose de ello otra vinculación más a las ya desarrolladas en este acápite. Lo discutible, como lo veremos más adelante, es si estos deberes de lealtad de los que me ocupé inicialmente (deberes del funcionario para con la persona jurídica para la cual trabaja), abarcan también a los

4. *Aceptar, estando prohibido hacerlo, acciones o títulos de la misma persona jurídica como garantía de crédito.*

5. *Fraguar balances para reflejar y distribuir utilidades inexistentes.*

6. *Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar, o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica.*

7. *Asumir préstamos para la persona jurídica.*

8. *Usar en provecho propio, o de otro, el patrimonio de la persona jurídica.*

9. *Emitir informes o dictámenes que omitan revelar, o revelen en forma distorsionada, situaciones de falta de solvencia o insuficiencia patrimonial de la persona jurídica, o que no revelen actos u omisiones que violen alguna disposición que la persona jurídica está obligada a cumplir y que esté relacionada con algunas de las conductas tipificadas en el presente artículo”.*

Para citar dos ejemplos basta con apreciar los incisos 1º y 2º del artículo 198 del Código Penal peruano, siendo claro que ambos presentan una confusión ostensible porque básicamente abarcan supuestos complementarios; es decir, uno abarca al otro. De otro lado, el último inciso incorporado por Ley No 28755 es más que incomprensible, lo cual atenta contra el principio de legalidad. Por esa razón, considero que emular tipificaciones como la española en el delito de administración fraudulenta sería más recomendable, pues optar por la técnica de *numerus clausus*, deja abierta la posibilidad de crear vacíos de impunidad.

profesionales independientes ligados a la persona jurídica (abogados externos, por ejemplo).

- Finalmente, desde mi punto de vista, estas normas de buen gobierno corporativo deberían operar adecuadamente teniendo como hito fundamental un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas porque no cabe duda que actualmente el axioma *societas delinquere non potest* ocupa un lugar preponderante a nivel mundial, de manera que el panorama varía ostensiblemente. Siendo ello así, y como será objeto de análisis en el próximo capítulo, otra vinculación que se presenta estaría en la repercusión que podría traer consigo la no observancia de las normas de buen gobierno corporativo en una persona jurídica por parte del titular o responsable de la misma (empresario por ejemplo) o, resumiendo en una pregunta ¿ qué responsabilidad le correspondería al empresario por omitir incorporar normas de buen gobierno corporativo ?.

CAPITULO III - EL INCREMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OMISIVA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL DE CARA AL CONCEPTO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

1. INTRODUCCIÓN AL CAPÍTULO

Como punto concluyente llegamos a la evaluación real del impacto que tiene el buen gobierno corporativo sobre el Derecho Penal, al punto de presentarse como factor de incremento de la responsabilidad por omisión.

No se trata, como veremos, del nacimiento de una nueva forma de responsabilidad, sino más bien de la construcción de un efectivo mecanismo de autorregulación que implicará un control para la evitación de delitos en el contexto de empresas, personas jurídicas y estructuras organizadas. Con ello, como he señalado, la correspondiente contrapartida de incremento de responsabilidades en distintos rangos que antes eran de difícil acceso al Derecho Penal.

PRIMERA PARTE :

2. CONDUCTA, ACCIÓN Y OMISIÓN

Como bien se sabe, el Derecho Penal se fundamenta en la sanción de conductas concebidas como aquellos comportamientos humanos que tienen incidencia en la realidad y que son escogidos por el legislador como típicos. Comúnmente, se identifica al concepto de delito aquel comportamiento humano equivalente a una acción, pudiéndose entender – de primera impresión - que solamente el movimiento corporal positivo

puede tener relevancia en el Derecho Penal. Pero obviamente ello no sucede así, puesto que también existen las llamadas omisiones.

En un sentido científico – natural, la omisión no causa nada ⁸⁵ a diferencia de la acción que modifica la realidad. Jurídicamente hablando en cambio, la omisión no constituye solamente “*no hacer nada*” sino que involucra algo más como complementa Enrique Gimbernat :

“ ... puede definirse la omisión como aquel comportamiento pasivo consistente en la no ejecución de una acción determinada que, sobre la base de alguna norma, se esperaba que el sujeto realizara ” ⁸⁶.

Desde esa perspectiva, tanto acción como omisión constituyen comportamientos que el Derecho Penal entiende como relevantes para la protección de bienes jurídicos y la subsecuente tipificación de delitos.

Claro está también que no toda acción u omisión será de interés para el Derecho Penal, pues esta rama únicamente – reitero - reservará su atención referente a aquellas que sean escogidas en determinado ordenamiento ⁸⁷.

Aparte de las acciones y las omisiones a las cuales me he referido líneas arriba, existe un tercer concepto que modernamente ha ocupado un lugar de importancia en el análisis de la doctrina y cuya existencia puede motivar más de una confusión con las omisiones; me refiero a las llamadas “*conductas neutrales*”, es decir aquellas conductas estándar, estereotipadas, o ejecutadas conforme a un rol social y que, constituyendo, naturalmente hablando acciones, acaban favoreciendo causalmente al

⁸⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. México. Instituto de Ciencias Penales. 2003. Págs. 58 -59.

⁸⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. Pág. 18

⁸⁷ BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Lima. ARA Editores. 2004. Pág. 501.

autor de un delito ⁸⁸, generando con ello efectos sumamente interesantes para el Derecho Penal porque parecen ser – en principio – inocuas ⁸⁹.

3. LA OMISIÓN Y LA OMISIÓN IMPROPIA

Al entrar al mundo de la omisión entramos en un complejo campo de aparentes abstracciones atendiendo a que, en puridad, esta forma de comportamientos, como ya se tiene reiterado, implica un “*no hacer nada*”.

Dado lo referido, el Derecho Penal se ha mostrado inconforme con el sólo señalamiento de una categoría que sancione al individuo simplemente por el hecho de no hacer nada (omisión pura) y ha creado - para ciertos casos - lo que actualmente se conoce como omisión impropia o comisión por omisión.

A diferencia de la omisión pura o simple, la omisión impropia determina básicamente “*que el sujeto ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan bienes jurídicos determinados*” ⁹⁰. Dicho de otra manera, en la omisión impropia el deber de actuar asumido por el sujeto hace – según la doctrina imperante – que esta se vea equiparada a la comisión, es decir equivalga a una acción.

La diferenciación entre omisión propia y omisión impropia la encontramos recién a nivel legislativo porque es allí, de acuerdo a la fórmula escogida por el legislador, que se advertirá si lo que se sanciona es la infracción del

⁸⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo. “*Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito*”, en : SILVA SANCHEZ, Jesús María. ¿ Libertad económica o fraudes punibles ?. Madrid. Marcial Pons. 2003. Pág. 18.

⁸⁹ Las conductas neutrales desde el enfoque propuesto podrían ser confundidas algunas veces con un “*no hacer*”; sin embargo, se trata como expliqué del cumplimiento de un rol social, es decir, siempre una acción.

⁹⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Estudios sobre los delitos de omisión. Lima. Editora Jurídica Grijley. 2º Edición. 2006. Pág. 290.

deber de solidaridad o la violación del principio de autonomía ⁹¹. Claro está que en ambos casos existe el deber de actuar, pero la fundamentación será distinta tratándose de omisión propia o de omisión impropia. Así, en la omisión propia el basamento se encuentra en la llamada solidaridad que deben irradiar nuestras actuaciones como individuos pertenecientes a una sociedad, mientras que en la omisión impropia - como lo he advertido también – el fundamento se halla en un deber de actuar “*privilegiado*” concedido a ciertas personas que se conoce bajo el nombre de deber de garante.

Podría decirse que la diferencia más saltante entre omisión propia e impropia surge de la aparición de un resultado. Si en la omisión propia únicamente se sanciona por no actuar conforme a la regla de solidaridad, en la omisión impropia, se castiga básicamente por no impedir el resultado típico, debiendo preexistir, como lo tengo expuesto, una obligación que abarque tal eventualidad. Precisamente bajo esa premisa es que se viene a equiparar a la acción con la omisión, de manera que cualquier tipo legal que involucre una conducta positiva puede ser “*transformado*” en un tipo de comisión por omisión.

Frente a la diferencia antes planteada podrían señalarse dos cuestiones a modo de complemento :

- No toda comisión por omisión precisa de un resultado. Ya que si hay delitos de mera actividad en el Código Penal, también podrían observarse - porque de hecho existen - “*delitos de mera omisión impropia*” en los cuales no se requiere un resultado pero si en cambio una situación de peligro. Un ejemplo de esto lo encontramos en el artículo 304 del Código Penal peruano que sanciona la contaminación ambiental ⁹². Luego entonces,

⁹¹ Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 291.

⁹² Artículo 304 del Código Penal peruano :

bajo el imperio de la cláusula general contenida en el numeral 13 del mismo cuerpo de leyes, ¿ cabría exigirse un resultado por omisión impropia cuanto el tipo comisivo no lo requiere ?.

- La segunda atingencia que sería oportuno agregar a la diferenciación plasmada líneas arriba, la encuentro en lo que Silva Sanchez denomina “*omisiones puras agravadas*” u “*omisiones puras de garante*”⁹³ precisando que si bien en ellas existe un deber de garante, no son idénticas a la omisión por comisión en sentido estructural y material. Hablando de la legislación nacional, podríamos hallar como ejemplos de “*omisiones puras agravadas*” u “*omisiones puras de garante*” el delito de omisión de denuncia (artículo 407 del Código Penal peruano) y el de omisión de provisiones específicas (artículo 250 del Código Penal peruano)⁹⁴ como claros ejemplos que, más allá de su enrevesada redacción (sobre todo en el último tipo penal), se deja presente que no siempre será factible tal equiparidad porque se trata de una mixtura (existencia de un deber de garante y un no hacer sin un resultado típico). En lo que debo discrepar modestamente con el profesor Silva Sanchez es en lo referente a la denominación de “*omisiones puras agravadas*” u “*omisiones puras de garante*”. Tal vez, atendiendo a la combinación antes afirmada podría haber mejor una denominación como la de omisión mixta.

“ El que infringiendo las sobre protección del medio ambiente, lo contamina vertiendo residuos sólidos, líquidos, gaseosos o de cualquier otra naturaleza por encima de los límites establecidos, y que causen o puedan causar perjuicio o alteraciones en la flora, fauna y recursos hidrobiológicos...”.

⁹³ SILVA SANCHEZ, Jesús María. Op. Cit. Pág. 22.

⁹⁴ Artículo 407 del Código Penal peruano :

“ El que omita comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de un delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo...”.

Artículo 250 del Código Penal peruano :

“ Los directores, administradores, gerentes y funcionarios, accionistas o asociados de las instituciones bancarias, financieras y demás que operan con fondos del público supervisada por la Superintendencia de Banca y Seguros u otra entidad de regulación y control que hayan omitido efectuar las provisiones específicas para créditos calificados como dudosos o pérdida u otros activos sujetos igualmente a provisión, inducen a la aprobación del órgano social pertinente, a repartir dividendos o distribuir utilidades bajo cualquier modalidad o capitalizar utilidades ...”.

Continuando con el tema de las diferencias entre omisión propia y omisión impropia cabe observar que la primera de las nombradas es, siempre, omisión, valga la redundancia, mientras que – por propia voluntad legislativa – la omisión impropia es siempre acción. En efecto, como lo respalda la mayoría de la doctrina que se ha ocupado del tema y eso constituye uno de los pilares de la figura en análisis, la omisión impropia se ve equiparada a la acción, de manera que cualquier tipo penal se podría “transformar” a esta nueva configuración de omisión impropia, pese a estar redactado y concebido para comisión por acción ⁹⁵ .

Aunque obviamente, la posición destacada en el párrafo anterior, es una posición en mayoría de la doctrina, debo señalar mi discrepancia con esta concepción que casi es una leyenda intocable. Mi discrepancia obedece a que no es lo mismo –desde todo punto de vista – matar que no impedir la muerte o, situando la discusión en el contexto de los delitos empresariales, por ejemplo, no es lo mismo engañar que omitir informar ⁹⁶ .

Para un mejor entendimiento de la discrepancia anotada, estimo por conveniente traer a colación el texto del artículo 13 de nuestro Código Penal ⁹⁷ :

“El que omite impedir la realización del hecho punible será sancionado :

1) Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo; y

⁹⁵ Cfr. HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima. Editora Jurídica Grijley. 3º Edición. 2005. Pág. 749.

⁹⁶ Cfr. CERVINI, Raúl – ADRIAZOLA, Gabriel. Op. Cit. Pág. 225.

⁹⁷ El proyecto de Código Penal de 2004 modifica el referido artículo 13 en los siguientes términos :

“El que omite impedir la realización de cualquier hecho punible de resultado, será sancionado si el no evitarlo, equivale, según el texto de la Ley, a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada”.

2) *Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.*

La pena del omiso podrá ser atenuada ”.

Como puede apreciarse de una lectura del numeral antes transcrito, el fraseo empieza con la vinculación que debe existir entre el agente y el hecho de no impedir un resultado determinado. Repito y como señala Bacigalupo, que no es lo mismo actuar con dirección a un resultado, que no impedirlo; puesto que *“de la nada, nada surge”*⁹⁸. Para ello basta con observar analíticamente un ejemplo muy recurrente cuando se habla en doctrina de omisión impropia; el de la madre que deja morir por inanición a su hijo : ¿ podría equipararse la acción de esa madre con aquella que utilizase una almohada para ahogar a su vástago ? Definitivamente no. Por ello es que apunta acertadamente el jurista español que, dentro de un punto de vista estrictamente causal (y creo que desde todo punto de vista), no es lo mismo actuar y omitir.

Es el segundo inciso del referido artículo 13 del Código Penal el que viene a realizar la tan mentada equiparación – y desde mi perspectiva – el que viene a confundir más las cosas, señalado que, además de los requisitos prescritos en el inciso primero (existencia de deber de garante o vinculación al hecho por la creación del peligro, supuesto de injerencia), se requiere que la omisión corresponda a la realización de un tipo penal mediante un hacer; es decir, mediante el artificio de la ley, se pretende equiparar algo que la realidad de las cosas hacen inviable (hacer = no hacer).

Otra contradicción que, en línea con mi posición, estimo inadmisibile en la redacción del mentado artículo 13, es aquel agregado que incluye el

⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. Pág. 509.

legislador nacional que otorga la facultad al operador penal de atenuar la sanción en el caso del omiso (¿si acción es igual que omisión porque entonces se permite la atenuación de quien omite ?) ⁹⁹ .

Finalmente, sólo para graficar los serios inconvenientes que presenta la figura de la omisión impropia, aparte de los ya anotados, someto a reflexión los siguientes ejemplos :

- Primer ejemplo : cuando existe una situación de peligro generada por el propio sujeto mediante lo que se conoce como conducta neutra, situación que concurre en casos como los del ejemplo citado por Gimbernat en el corte del cordón umbilical ¹⁰⁰, la propia situación de peligro lícito obliga de igual forma al sujeto a que actúe, pues si no lo hace probablemente el resultado que se producirá será dañoso al bien jurídico tutelado y por lo tanto este evento le será imputable al generador del evento. Es decir, pese a pre-existir una conducta lícita (neutral) puede desencadenar una conducta ilícita (delito).
- Segundo ejemplo : este se verifica cuando el propio sujeto simplemente no lleva a cabo una acción que le es obligada por su condición de titular del deber de garante. En este caso tenemos que la generación de la situación de peligro proviene de una conducta que podría llamarse como reprochable, siendo el resultado el que definitivamente marcará la comisión del hecho punible. Este tipo de conductas se evidencia en la realidad en casos como el de la madre que deja morir a su hijo por inanición.

⁹⁹ Texto de similar composición al del numeral 13 del Código Penal alemán.

¹⁰⁰ Gimbernat ofrece el ejemplo del cordón umbilical para explicar la correcta incriminación cuando la acción procede a la omisión, siendo la acción inicial una conducta neutra, es decir que la responsabilidad penal quedará supeditada únicamente a la (comisión por) omisión (no ligadura del cordón umbilical) . GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. Págs. 75 – 76.

- Tercer ejemplo : existen casos en los cuales la sola omisión de ciertos deberes puede motivar una situación de peligro sin resultado como el caso citado de los delitos de contaminación ambiental del artículo 304 del Código Penal peruano.

De los ejemplos antes expuestas parece ser que ni a nivel del propio concepto de omisión impropia existe homogeneidad en cuanto a la reacción penal, puesto que existen varias formas y realidades de omitir ¿ luego podría entonces hacerse una equiparación válida con la forma comisiva dado este presupuesto ?.

4. ELEMENTOS A TENER EN CUENTA EN LA OMISIÓN IMPROPIA

4.1. La llamada cláusula general contenida en el artículo 13 del Código Penal peruano y el marco constitucional :

Por si no ha quedado suficientemente en claro, mi oposición formulada a la imposibilidad de equiparar omisión y comisión va directamente vinculada al cuestionamiento de la llamada cláusula general que en el Código Penal peruano tiene residencia en el numeral 13¹⁰¹ . No debe entenderse de ese modo que mi posición tiende a negar la necesidad de penar delitos por omisión con un garante comprometido, ya eso sería abrir de par en par las puertas a la impunidad dada la magnitud con que esas conductas se verifican en la realidad. Considero, como lo desarrollaré en lo sucesivo, que debe existir un tipo determinado en la parte especial para cada conducta que el legislador estime como necesaria de sanción.

¹⁰¹ Esta posición fue planteada en el marco de las discusiones de la Comisión de Reforma del Código Penal, pero fue desestimada.

La llamada cláusula general representa, en buena cuenta, la posibilidad concedida por el legislador al operador penal para que este pueda “transformar” un tipo penal comisivo cualquiera al plano de la denominada omisión impropia.

Las razones que justifican, en mi criterio, la existencia del artículo 13 son básicamente prácticas pues se entiende que resultaría ocioso tener que asemejar cada tipo penal con su par omisivo impropio, configurando bajo esa posición un cuerpo normativo muy prolongado en extensión. Por ello se optó por configurar una cláusula general para salvar esta enunciación en cada caso en particular dentro del Código Penal. Sobre este punto, al parecer ya superado en la doctrina, Zaffaroni ha sostenido acertadamente lo siguiente :

“ Habiendo tipos impropios escritos, no se explica la razón por la cual deba existir una fórmula general para elaborar analógicamente los que no han sido escritos. No es válido afirmar que el legislador no podría prever todos los casos de omisión que merezcan ser punibles, porque es el mismo argumento que usaron para justificar la analogía en tipos activos todos los totalitarismos que lo hicieron. Menos sostenible es el curioso argumento de que el código cobraría una extensión desmesurada, frente a la actual canalización irresponsable de la ley penal ” ¹⁰² .

Tengamos en cuenta que el enunciado contenido en cualquier tipo legal, más allá de cumplir con el primer requerimiento del principio de legalidad (que exista norma legal escrita), supone también una garantía para el ciudadano (destinatario de la norma). Luego entonces si se aplican cláusulas generales como la contenida en el artículo 13 del Código Penal peruano, la operación de “transformación” que tendrá

¹⁰² ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Op. Cit. Pág. 448.

que realizar el ciudadano será la siguiente : 1) del tipo comisivo, interpretar en principio si existe la posibilidad de equiparar esa hipótesis con un “no hacer”, porque no todos los delitos de acción son materializables por omisión, 2) luego de ello realizar ya propiamente la operación de subsunción de la conducta en una posible omisión; claro está sin perjuicio de también tener que deducir, dicho sea de paso, el concepto y alcance de deber de garante que tampoco tienen acogida en el Código Penal. A la luz de esta simple afirmación ¿ no parece excesiva la inclusión de una cláusula semejante de cara a la garantía que debe significar el tipo penal ?.

Siguiendo al mismo Zaffaroni queda claro que esta cláusula general no es más que una construcción analógica porque, por más que se pretenda justificar su inclusión en el cuerpo normativo, la operación descrita en el párrafo anterior que tendrá que hacer también el operador penal; es pura y simple analogía.

Ahora, seguramente el argumento en contrario será aquel – práctico – que indicará un inusual y excesivo crecimiento del Código Penal. Ante planteamientos como éste considero que la labor del legislador va a tener que privilegiar (seleccionar) cuales ilícitos pueden (y deben) ser sancionables como omisión impropia dentro de la parte especial, ya que obviamente no todos pueden (y deben) serlo. Con esta operación además se podría eliminar esta nociva cláusula general. La labor de selección de conductas a la que he aludido anteriormente no es ajena al legislador penal porque la tarea de escoger ciertos comportamientos y convertirlos o no en delitos e introducirlos en un cuerpo normativo, es la fase original de la estructuración de todo ordenamiento penal. Más aún, como ya lo he anotado anteriormente, no todos los tipos activos son realizables pro comisión impropia.

Para comprender un poco mejor lo antes señalado vayamos a otro ejemplo contenido en el artículo 347 del Código Penal que tipifica el delito de sedición del modo siguiente :

“ El que sin desconocer al gobierno legalmente constituido, se alza en armas para impedir que la autoridad ejerza libremente sus funciones o para evitar el cumplimiento de las leyes o resoluciones o impedir las elecciones generales, parlamentarias, regionales o locales ...”.

Bajo la hipótesis de tipificación indicada, además de que resulta imposible transformarla en tipo omisivo, restaría identificar al titular del deber de garante, operación nada sencilla dado el propio contexto del delito.

Resumiendo : 1) no es posible la equiparación a omisión impropia en todos los tipos activos, entonces esta cláusula admite excepciones que justifican su inoperatividad, ello sin perjuicio de los menoscabos al principio de legalidad que su sola existencia supone y 2) no todos los bienes jurídicos requieren de este tipo de protección a título de omisión impropia, de ello que sea posible y necesaria la labor de selección que debería hacer el legislador en este tipo de casos. Así el cuerpo normativo no crecería tanto.

4.2. El deber de garante :

Tal vez este concepto de deber de garante también llamado deber de cuidado, sea el elemento que se presenta con mayor claridad dentro del intrincado mundo de la omisión impropia. No obstante ello, parece que es tanta su claridad, que ninguna norma lo define.

Considero, en líneas generales, que el deber de garante implica la relación especial entre un sujeto determinado y un bien jurídico que el Derecho Penal quiere proteger, de manera que dicho deber obliga al sujeto a actuar cuando el bien jurídico se ve amenazado.

Se excluyen en el concepto de deber de garante, las acciones heroicas porque - por ejemplo - no puede pretenderse que un policía desarmado ponga en peligro su propia vida ante un delincuente que lleva consigo un arma de fuego y que pretende asaltar un banco. También hay otro supuesto de excepción como el caso que excluye cualquier posibilidad de actuación, si antes, en el ejemplo citado, el policía ha sido herido y no puede ejecutar su deber de garante.

La controversia en cuanto al deber de garante no radica en el fundamento del concepto, ya que queda claro que lo que motiva (o debe motivar) la actuación, es el vínculo que éste posee con el bien jurídico. El cuestionamiento va más bien dirigido al origen de este deber de garante, o sea a la fuente de nacimiento del título. Bacigalupo¹⁰³, en ese sentido, identifica tres fuentes del deber de garante : la ley (caso madre-hijo), el contrato (caso médico-paciente) o el propio peligro de producción del resultado cuando éste es generado por el omitente (a esto se denomina un supuesto de injerencia). El problema, en el caso de la injerencia es que no tiene un límite definido por la ley, de manera que podrían presentarse también cuestionamientos de cara al principio de legalidad, dado que en estos casos – al igual como ocurre en todo el concepto de deber de garante – son la doctrina y la jurisprudencia los que delimitan su contenido.

El problema patente es entonces el de la falta de definición y delimitación del concepto de deber de garante, haciendo que esta

¹⁰³ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. Pág. 510.

categoría no se encuentre del todo alineada con las exigencias del principio de legalidad sobre el cual me he apoyado ya repetidas veces. Quizás el problema no se advierta en supuestos en los cuales el deber fluya de un contrato o de la propia ley, pero no en los otros que, por lo demás, son la gran mayoría.

4.3. La causalidad :

Además de la existencia del deber de garante, la doctrina en forma mayoritaria exige la inobservancia de dicho deber, o sea su no cumplimiento o realización como causa generadora del resultado típico. Claro está y como ya lo he referido anteriormente, deberá ser necesario para ello que el titular del deber se encuentre en condiciones físicas y psíquicas de actuación, coyuntura que indicará que ostente capacidad de cumplir con su deber ¹⁰⁴ .

Luego de la exigencia antes apuntada, tiene que verificarse el resultado que debe ser producto de un nexo causal entre la no realización del deber de garante y el hecho que la ley reputará como resultado típico, de manera que esta composición se de cómo una relación de causa-efecto.

Algún sector de la doctrina ¹⁰⁵ ha referido – en mi criterio de manera acertada – que en la omisión impropia no puede existir una seguridad causal que, comparativamente, se verifica en los delitos de acción, en los cuales la mínima duda sobre la producción del resultado determinará, en condiciones normales, la absolución del imputado por un hecho punible en respaldo del principio del in dubio pro reo. Esto no

¹⁰⁴ Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Lecciones de la Parte General y el Código Penal. Lima. Editorial San Marcos. 3º Edición. 2005. Pág. 117.

¹⁰⁵ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Op. Cit. Págs. 77 - 121

ocurre en la omisión impropia en donde preguntas como ¿ qué hubiera pasado si el agente realizaba efectivamente la acción omitida (acción esperada) ? o ¿ efectivamente la acción esperada hubiera impedido el resultado ? parecen no encontrar respuesta y además parecen hacer inviable fundar el resultado en la seguridad causal que se da en los delitos de comisión.

Como propuesta para solucionar este tipo de controversias, existen planteamientos como los de Gimbernat que pretenden apegarse a una seguridad causal que determinarían los llamados “*focos de peligro*” como generadores de situaciones como las exigidas y con niveles de tolerancia que el Derecho Penal está dispuesto o no en aceptar (riesgo permitido). Luego entonces, si se rebasa tal límite, la omisión que implica el descuido por falta de aplicación de una medida de precaución frustrante, debe ser sancionado ¹⁰⁶ .

Aunque el razonamiento al cual llega al maestro español es, por demás brillante y notable, coincido con Bacigalupo en que ostenta el mismo nudo que a su vez advierte la posición tradicional; es decir, no soluciona el problema. Es seguro, con la posición de Gimbernat, que la falta de aplicación de las medidas de seguridad frustrantes originan el resultado típico, pero las preguntas que ya he postulado anteriormente (¿ qué hubiera pasado si el agente realizaba efectivamente la acción omitida (acción esperada) ? o ¿ efectivamente la acción esperada hubiera impedido el resultado ?), siguen sin poder ser absueltas, con lo cual – básicamente – seguimos en la misma posición inicial.

Bacigalupo afirma algo que considero de vital importancia a estos efectos; “*una acción sólo es estructural y materialmente idéntica a otra*

¹⁰⁶ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique Op. Cit. 115

acción, pero no lo será nunca de su negación” ¹⁰⁷. Dicho en otros términos, acción y negación no son iguales, no son equiparables, por lo tanto no se pueden exigir idénticos requisitos una respecto de la otra, ello además en consonancia con lo remarcado anteriormente. Considero que lamentablemente en casos como este tendremos que ver resignada nuestra opción al estrato más próximo a la seguridad porque, al menos por ahora, será imposible resolver con seguridad las interrogantes ya planteadas anteriormente. Esta afirmación dicho sea de paso no constituye un fenómeno totalmente ajeno al Derecho Penal, dado que siempre existirán espacios de “*nebulosa*” sin determinar en nuestra ciencia. Ejemplos de lo señalado a reglón seguido :

- ¿ Es posible, dado el caso, determinar con seguridad que en los delitos de peligro que el resultado que se pretende impedir con la sanción penal efectivamente se hubiera producido ?.
- O en una hipótesis probatoria ¿ es posible acreditar o conocer con certeza que el agente tuvo real conciencia y voluntad de cometer una conducta que imputamos como dolosa ?.

Desde mi punto de vista, entiendo que estos espacios “*sin completar*” son por ahora, inevitables. Bastará entonces, en el caso de la omisión impropia, que el resultado sea consecuencia directa de la no realización del deber de garante. Si bien esto podría traer consigo que no podamos determinar si, efectivamente, la acción esperada era, precisamente, la acción esperada, valga la redundancia.

4.4. El resultado :

¹⁰⁷ BACIGALUPO, Enrique. Op. Cit. 517.

Aunque ya he hablado anteriormente del resultado típico exigido, es importante precisar que este es el requisito que apunta la doctrina para ver como consumado un delito en forma de omisión impropia. Es decir, la secuencia vendría dada del modo siguiente : 1) existencia de un deber de garante; 2) capacidad psíquica y física de la persona de poder cumplir con ese deber de garante; 3) omisión de realizar o cumplir con el deber de garante y 4) finalmente el resultado, constituido por el evento que la ley penal ha pretendido impedir.

Como lo referí anteriormente, desde mi punto de vista, la mayoría de delitos posibles de ser conformados como omisión impropia, al igual que lo que ocurre en los delitos de comisión, efectivamente requerirán de un resultado, pero esta premisa no será necesariamente cierta en hipótesis como la explicada del artículo 304 del Código Penal peruano en donde el propio tipo comisivo no precisa de un resultado y solamente una situación de peligro; ello claro está si nos apegamos a la regla de la cláusula general. Esto podría motivar tal vez con mayor claridad la necesidad de configurar tipos penales omisivos de manera expresa y no deducirlos de cláusulas generales, ya que en hipótesis como la advertida, podría llegarse a la sanción por la sola inobservancia del deber de garante, coyuntura que lindaría con la responsabilidad objetiva altamente proscrita. Por otro lado, tampoco se puede soslayar que la posible afectación a bienes jurídicos como la ecología, es realizable mediante una omisión, de manera que no sancionar este tipo de afectaciones implicaría una renuncia inaceptable del Derecho Penal.

SEGUNDA PARTE :

5. EL ROL DEL EMPRESARIO COMO TITULAR DEL DEBER DE GARANTE

Como resulta obvio, al hablar de Derecho Penal Económico y Derecho Penal de la Empresa, nos aproxima ineludiblemente al concepto de empresario como figura casi estelar. Desde mi perspectiva particular – aunque no hay muchas definiciones de esto a nivel de doctrina – puedo entender que el empresario es el propietario de la empresa o el titular de las líneas de negocio de aquella (que casi siempre es la misma persona).

La figura del empresario salta con mayor notoriedad en las llamadas empresas individuales (E.I.R.L. según la normatividad nacional), en empresas pequeñas, en empresas familiares y en aquellas en donde no exista una diversidad de centros de control como se presenta en la corporación. Actualmente, en las grandes empresas, la figura del empresario es casi inexistente debido a una ya propalada motivación de diversificar la propiedad (muchos accionistas, muchos propietarios). Entonces, dentro del contexto de la gran empresa y de la corporación, el concepto de titular o empresario es reemplazado por el de los accionistas (propiamente por la Junta General de Accionistas) que, como veremos, ejercen el control con las variantes que allí también puedan suscitarse, ya que existen en el seno de ese órgano, minorías y mayorías. Esta nueva forma de control a su vez tiene directa manifestación – aunque no sea lo óptimo – en cargos como los del Directorio o de la Gerencia.

Dicho esto, es importante advertir ahora si existe o no, en la figura del empresario que me he encargado de delimitar en la medida de lo posible, el llamado deber de garante.

Como lo entiende de manera acertada el profesor nacional Carlos Caro Coria, vivimos actualmente en una “*sociedad de riesgos*” ¹⁰⁸ . Esto lo podemos verificar con sólo apreciar lo que sucede en las calles de nuestras ciudades con los accidentes automovilísticos por ejemplo.

El riesgo en la empresa es de distintas magnitudes y presenta también distintas formas de representarse, pero sin duda alguna existe. Así tenemos por ejemplo los riesgos que ya he reseñado, por accidentes de trabajo, muy frecuentes en actividades industriales, los riesgos por productos defectuosos (casos como el de la talidomida) ¹⁰⁹ ; es decir, riesgos “*hacia fuera de la empresa*” (hacia los destinatarios de la actividad empresarial) y riesgos “*hacia adentro*” (hacia los operativos que desarrollan la propia actividad).

Pero el presente análisis no debe quedar únicamente en los riesgos tangibles, porque el Derecho Penal también cautela otro tipo de riesgos. En general, hablando de empresa, el riesgo también residirá en el campo económico – patrimonial, ello desde el momento en que toda actividad de inversión implica – siempre – un riesgo (riesgo de pérdidas, riesgo de fraudes, etc.), que, a diferencia de los casos apuntados líneas arriba, no es tan material. En suma, la empresa siempre será – y hoy más que nunca – un foco generador de riesgos de toda índole. Bajo este punto de partida, es lógico que se repute como garante del control del riesgo a quien ejerce el control de la figura empresarial. Dicho en otros términos, es normal que el empresario responda bajo la nominación del ya definido deber de garante, en ciertas ocasiones.

¹⁰⁸ CARO CORIA, Carlos. Op. Cit. Págs. 195 – 208.

¹⁰⁹ CARO CORIA, Carlos. Op. Cit.

Obviamente, el control del riesgo que implica la actividad empresarial se apreciará con mayor nitidez en las empresas pequeñas, familiares e individuales en donde, como ya señalé, el control de la actividad, valga la redundancia, recae en una persona; sin embargo el tema se complica algo más al tratarse de grandes empresas y así va haciéndose más complejo el asunto como vaya también haciéndose más compleja la organización estructural en donde el control es más difuso y por ende la subsecuente determinación de las responsabilidades.

De lo dicho es claro entonces que, por la vinculación a la actividad riesgosa, el empresario ostenta el deber de garante. Resta entonces analizar si este deber de garante proviene propiamente de alguna de las fuentes señaladas en la primera parte : ley, contrato o hecho (injerencia).

A propósito de esto Elena Nuñez Castaño ha indicado que existe una posición de garante “ *del titular de la empresa, en relación con los procesos de riesgo que él mismo desata (injerencia) y respecto a los cursos de peligro que proceden de los animales, objetos, procedimientos o personas sin margen relevante de autonomía que se encuentran o que actúan en su empresa ... trata de procesos o factores peligrosos que el empresario domina o debe dominar y que parten de su círculo de organización o se ubican en él* ” ¹¹⁰

Siendo ello así, la jurista española identifica que el deber de garante proviene – básicamente – de un hecho, de aquel que tiene bajo su injerencia o de aquel que viene de la propia actividad de la cual es titular sin que sean necesariamente originados por él.

¹¹⁰ NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Responsabilidad penal en la empresa. Valencia. Tirant lo blanch. 2000. Págs. 47 – 48.

No obstante ello considero que si bien el deber de garante va a interactuar tomando como origen un hecho - como dicho sea de paso todo el Derecho Penal – esto no quiere decir que el título de imputación de deber de garante provenga siempre de allí. Bajo esa óptica debo anotar que – en mi concepto – el denominado deber de garante del empresario tiene un origen mixto, aunado al supuesto de injerencia que ya se ha glosado : 1) proviene de la ley mediante las autorizaciones que median entre el nacimiento y desarrollo de la actividad empresarial, por ejemplo entorno a la necesaria observancia de ciertos requisitos de seguridad en el trabajo (industria) que establece la normativa nacional. Otro caso similar es el de los productos defectuosos en los que la propia ley de la materia señala y exige ciertos requisitos sanitarios que el empresario debe acatar; 2) el título de deber de garante también proviene del contrato, del contrato social que precisamente da nacimiento a la propia persona jurídica cualquiera sea su forma (sociedad anónima, sociedad civil, etc.) e incluso también porque ese contrato social será el que impartirá las distintas responsabilidades en el seno de la estructura.

Ahora bien, pero cómo se desarrolla este deber de garante y en qué casos opera, veamos ¹¹¹ .

De primera mano hay que descartar que este deber de garante del empresario opere en aquellos ilícitos cometidos en agravio de la propia empresa, pues ello determinaría un contrasentido. Por cierto, podría entenderse bajo razonamientos de ese estilo que la no actuación conforme a un deber de garante (empresario) exima de responsabilidad al autor del mismo (por ejemplo trabajador). Eso equivaldría a aceptar que la falta de diligencia del estafado elimina o justifica el ilícito. Es decir, un Derecho

¹¹¹ Es importante aclarar – a efectos de un mejor entendimiento del trabajo – que, en lo sucesivo y como viene siendo la temática de interés, el contexto de análisis fluye de la responsabilidad omisiva en la empresa, por lo que si bien haré referencias a comportamientos comisivos a modo de ejemplo, queda claro que el punto central es otro.

Penal inseguro y anti-garantista. Asimismo, posiciones como esta son incompatibles con lo que, desde ya, supone el deber de garante, que juega en imputaciones en donde el autor inobserva precisamente su deber y origina el hecho punible, no al contrario.

Entorno ya propiamente al tema en cuestión debo precisar que el deber de garante se manifestará – al menos en el contexto de la empresa – por la ausencia de controles por parte del titular hacia las actividades de la empresa. Es decir, cuando se produce un delito omisivo al interior de la empresa y éste hecho punible tiene resultado por una intervención causal del empresario, siempre y cuando este omita ciertos controles necesarios, desencadenándose el resultado, si es exigido.

Para un mejor entendimiento y detalle de lo precisado analicemos por separado a los delitos dolosos y a los delitos imprudentes.

En los delitos dolosos de omisión al interior de la empresa se pueden presentar dos alternativas viables : 1) que el empresario conozca y participe del hecho punible a título de autor, cómplice, instigador, etc.; y 2) que el empresario no conozca y no participe. El primer supuesto - más común en el contexto de los delitos dolosos – es el que se da en delitos como el de defraudación tributaria, pues existe, tácitamente, un acuerdo de voluntades al interior de la organización en el cual el empresario omite o desactiva si cabe el término, los controles en relación a los subordinados y estos ejecutan la conducta punible (*“hace de la vista ciega”*). En casos como éste siempre habrá un beneficiario o más, salvo que los empleados actúen por un espíritu corporativo. En casos como éste viene a colación teorías como la del *“hombre de atrás”* , que dicho sea de paso también tiene sus cuestionamientos.

El segundo supuesto dentro de los delitos dolosos es poco frecuente pero puede verificarse en la realidad. Me refiero a aquel en el cual el empresario no conoce del evento delictivo y obviamente no participa aparentemente en aquel y probablemente no disfrute – directamente - de sus beneficios y que, en claro abuso del principio de confianza, dejando que sus subordinados actúen casi con total impunidad, produciéndose una suerte de instrumentación del trabajador que actúa en pro de la empresa cometiendo el ilícito para que ésta se vea favorecida. Algo así como un espíritu de cuerpo o identificación extrema con su centro de trabajo como lo he referido en el párrafo anterior. Así, el trabajador no obtendría beneficios por su conducta lo cual no es necesariamente cierto porque la acción traería consigo una mejora en la situación de la persona jurídica con lo que ello significa (estabilidad para el trabajador, aumento de sueldo, etc.).

Aunque este segundo supuesto no vincula en apariencia al empresario, es posible que este llegue a responder penalmente, con la inclusión de las normas de buen gobierno corporativo, dependiendo de la forma y circunstancias en que no ejerza el control sobre sus subordinados, hipótesis que también comprende al supuesto de que conozca y no intervenga. Como veremos, esta incriminación implicará el aumento de la responsabilidad omisiva pero no por el ejercicio del poder de titularidad de la actividad empresarial, sino por el ejercicio de la gestión que - como he señalado en casos de empresas pequeñas a las que corresponde propiamente la figura del empresario - suele consolidarse en una misma persona (quien se encarga a la vez de la gestión es el propietario).

Pero la figura varía ostensiblemente si nos situamos en el plano de la imprudencia debido a la similitud del elemento central que ostenta esta forma de imputación subjetiva con la omisión, pues ambas tienen en común el deber de garante. Por eso es que muchas veces se acepta que

la imprudencia importa siempre una omisión, no en el sentido del concepto jurídico, sino desde el punto de vista natural.

Si bien es cierto que ambas instituciones (imprudencia y omisión) presentan en común el llamado deber de garante, tampoco se les puede llegar a confundir pues – en principio – se presentan en estratos diferentes y además operan de forma distinta. Así no es lo mismo por ejemplo la conducta de un conductor que omite observar las reglas de tránsito y atropella a un peatón, a la conducta de un empresario que, sentado en su escritorio, omite la aplicación de las reglas de seguridad en su empresa generando con ello un desastre de grandes proporciones. En el primer caso estaríamos frente a un delito de comisión probablemente de origen imprudente, mientras que en el segundo claramente de un delito de omisión que podría ser según las circunstancias, imprudente o doloso. Como vemos, en ambos casos siempre hay una omisión de por medio, pero esta tiene, insisto, distintos significados y también distintos desenlaces.

Claro está que lo antes dicho no resta el hecho cierto que la omisión imprudente desde el punto de vista de la actividad del empresario también involucra una renuncia a los controles que este debe efectuar, pero, - nuevamente - una renuncia de distinta índole y trascendencia.

Para entender de mejor forma la idea que pretendo transmitir vayamos a la ejemplificación de tres situaciones que pueden producirse en la realidad :

- En el caso de los accidentes de trabajo, que generalmente son materializados con el concurso de una conducta imprudente salvo algún

trastorno mental o que el empresario pretenda ahorrar costos y por eso no los implemente las medidas de seguridad requeridas¹¹² .

- Lo mismo sucede en el caso de los productos defectuosos que dentro de una visión más real pueden tener materialización indistinta tanto en el campo de la imprudencia como del dolo¹¹³, lo que no sucede claramente con el ejemplo descrito líneas arriba.
- Finalmente, se encuentra el caso ya abordado de los delitos ecológicos que suponen siempre la ausencia de controles por parte del empresario, aunque – en este caso – sin resultado típico exigible como lo referí líneas arriba.

Como vemos de los ejemplos descritos, preexiste siempre la omisión como generadora del evento o situación de peligro sancionado, omisión en la observancia de ciertos controles directamente atribuibles al empresario. Sin embargo, como veremos luego, este marco de imputación cambia su giro, sin abandonar la sanción de esta forma de comportamientos cuando verificamos la inclusión de normas de buen gobierno corporativo.

6. LOS LÍMITES AL DEBER DE GARANTE DEL EMPRESARIO

No puede pretenderse que el deber de garante sea ilimitado de manera que el empresario responda por todo hecho que ocurre en la actividad y por todos los intervinientes a la vez, casi de manera solidaria.

¹¹² A estos efectos el Código Penal peruano legisla, en su artículo 168 inciso 3º, como delito doloso, al ilícito contra la libertad de trabajo, a aquel empleador que mediante violencia o amenaza obligue a un trabajador a “ *trabajar sin las condiciones de seguridad e higiene industriales determinadas por la autoridad*”, lo que grafica una incongruencia de grandes proporciones. De otro lado, el mismo cuerpo normativo castiga supuestos imprudentes, pero cuando se produzca el hecho punible contra la seguridad común.

¹¹³ Sobre el particular, la legislación nacional contempla la posibilidad que ilícitos de este contexto puedan ser cometidos tanto de la manera dolosa como la imprudente, como apunta el artículo 295 del Código Penal.

La necesidad de poner límites al deber de garante del empresario se aprecia con más nitidez en las grades estructuras empresariales en donde la propia división del trabajo y la especialización consecuente (caracteres particulares de esa forma de organización jurídica), hacen inviable que el titular responda, como dije, por todo y por todos.

En principio, partimos de la premisa que aceptamos que existe un deber de vigilancia por parte del empresario, de manera que únicamente podrán serle imputables a aquel hecho producido debido a su falta en ese contexto; es decir, a la ausencia de control sobre la cual me referí antes. El fundamento del deber de vigilancia reside, como expone acertadamente María Paz Batista ¹¹⁴, en que, quien lo detenta, tiene el poder de ordenar y controlar a sus subordinados (dominio efectivo). Siendo ello así, al empresario eventualmente se le sanciona por el no ejercicio adecuado de este dominio efectivo que inequívocamente lo sitúa en una posición que es comprendida como la aproximación a la protección de bienes jurídicos que puedan salir afectados a consecuencia e la actividad empresarial (deber de garante).

Como todo poder, el deber de vigilancia es delegable dado que partimos de la premisa - ya señalada - de que el empresario no puede controlar a todos por todo. Esta facultad de delegar implica la transformación del deber de vigilancia, puesto que el “*delegante*” no lo pierde, sino que modifica su esencia pasando a ejercer un control efectivo ahora sobre el “*delegado*” ¹¹⁵. De lo antes expuesto también se colige que, obviamente, el empresario no puede renunciar y ceder su deber en forma total, desentendiéndose, pues siempre existirá la facultad original de controlar.

¹¹⁴ BATISTA GONZALES, María Paz. “*La responsabilidad penal de los órganos de la empresa*”, en : BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico. Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998. Pág. 90.

¹¹⁵ BATISTA GONZALES, María Paz. Op. Cit. Pág. 94.

Precisamente, si existe la facultad de delegar parcialmente el deber de vigilancia es porque en la empresa moderna impera también el llamado principio de confianza, a consecuencia de que existen personas más capaces – por especialización o ubicación funcional – para desempeñar una vigilancia o control más efectivo. Por ejemplo, quien puede realizar la vigilancia del departamento contable de la empresa podría no ser precisamente el empresario, salvo que este tenga la condición de profesional contable y dedique parte de su tiempo a esa labor específica. Luego entonces, habrá que delegar esa función en una persona de esas características que, además, tendrá que ser más cercana al hecho (dedicar tiempo a eso) al función concreta.

El principio de confianza no es tampoco un “*cheque en blanco*” desde el momento que, como lo indiqué anteriormente, el empresario no renuncia a su deber original de vigilancia, sino más bien que transforma el mismo sin perderlo. Además, esta facultad de delegación no exime del todo al empresario, lo cual nos lleva a la siguiente interrogante : ¿ cuáles son los límites de este deber de confianza ? o mejor dicho ¿ hasta qué punto se puede confiar ?.

El empresario no solamente podría responder penalmente si es que no ejerce un control (vigilancia) adecuadamente dentro de los límites ya descritos que, dicho sea de paso, son muy flexibles de acuerdo a cada caso en particular. El empresario responderá por no efectuar una elección apropiada, es decir por delegar en la persona incorrecta. Así lo ha establecido por ejemplo un interesante pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Barcelona ¹¹⁶ que señala la existencia de una confianza “*infundada*” en relación a la falta de cualificación de la persona en quien se

¹¹⁶ Caso del médico cirujano imputado de homicidio imprudente que habría confiado en una anestesista no idónea al realizar una intervención quirúrgica. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección octava) del 12 de mayo de 2000.

deposita la misma. Dicho en otros términos, los límites a los cuales hacía referencia en las interrogantes antes planteadas dependerán mucho de cada caso en particular pero verán su fundamento inicial en la calidad de la persona delegada para poder concluir en principio que se trata de una confianza fundada o infundada según sea el caso.

7. EL DEBER DE GARANTE Y LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

He referido ya anteriormente que el deber de garante en el ámbito de la empresa tiene su fundamento en la necesidad de aplicar controles que resguarden adecuadamente los riesgos que la propia actividad supone. Esta afirmación parte de la idea original que la empresa puede ser un foco de peligro desde distintos puntos de vista (riesgo material, físico, económico, etc.). Siendo ello así, la figura del empresario recibe, como titular de la actividad, la carga inicial del deber de garante que básicamente se compone de un deber de vigilancia preventiva, limitado - o complementado, según se vea - por el principio de confianza.

He referido también anteriormente que las normas de buen gobierno corporativo buscan una correcta administración y control de la empresa, componiéndose como una forma de eficiente de auto-gobierno o auto-control.

La empresa actual y concretamente la corporación (la gran empresa), ya sea por lo complejo de su estructura o por lo intrincado de la diversidad de su actividad, es un ente que ya no está tan alcance del control del Estado, razón por la cual este ya no puede, ni debe vincular su poder sobre aquella. La consecuencia directa de esta imposibilidad es la que generó los grandes fraudes corporativos que se conocen (Enron, Parmalat, etc.).

El Estado solamente interviene cuando el delito ya se ha consumado porque la empresa se ha transformado en todo un mundo aparte con sus propias normas, órganos, objetivos, secretos, mística, etc. En otras palabras, la corporación de hoy, es casi un Estado paralelo y privado.

La situación descrita anteriormente es la que ha generado una abierta coyuntura de semi – impunidad de muchos de los eventos delictivos que se producen en el interior de la empresa, ya que interviniendo el Estado en forma tardía encuentra muchas trabas para el ejercicio de la acción penal. Por ejemplo, encuentra estructuras internas complejas que impiden, de primera mano, la identificación de las personas vinculadas al delito, de otro lado encuentra subordinaciones que oscurecen más el panorama y, finalmente, encuentra dificultad en la obtención de medios probatorios por una razón muy simple : todo el acervo documental se halla en manos de la propia empresa, o sea de los presuntos y probables responsables ¹¹⁷.

Bajo las consideraciones indicadas se hace más que necesario lograr que la empresa pase a ser “socio” del Estado y de esa forma colabore con su auto-control o auto-gobierno para evitar los grandes fraudes corporativos, evitando así degeneraciones en las cuales el Estado incurre dada la imposibilidad anotada (por ejemplo, creación de figuras de peligro abstracto, aplicación de principios como el de precaución ¹¹⁸, etc.). Dicho

¹¹⁷ Esta situación me lleva a pensar la posibilidad de, por qué no, hilar una posición que abarque la inversión de la carga de la prueba cuando el sujeto detente o constituya él mismo (caso ADN) la prueba, siempre y cuando obstruya la actividad probatoria y no se ponga en cuestionamiento la presunción de inocencia.

¹¹⁸ En virtud de una sentencia signada con el No 1442/2002 del 14 de setiembre de 2002 emitida por el Tribunal Supremo español, cuyo ponente fue el Dr. Enrique Bacigalupo Zapater, se introduce la figura del principio de precaución por la cual se adelanta la barrera de punición conformando una hipótesis de peligro abstracto altamente criticable. Así, en el caso sub – examine, se tiene que si bien se probó que el Olaquinox (alimentos para conejos de la marca trust – super feed) podía ser nocivo para los animales y no se probó que podía serlo también para la salud de las personas, el Tribunal sostuvo que “ *cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado en forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de peligros*

sea de paso, esta relación entre Estado-empresa se hace, hoy por hoy, mucho más patente que antes porque la empresa participa de manera más decidida que antes en la vida del país, lo cual se aprecia por ejemplo en prácticas como la llamada responsabilidad social corporativa.

Es claro que las normas de buen gobierno corporativo nacen por la imposibilidad del Estado de intervenir en la empresa, no solamente por las cuestiones indicadas precedentemente, sino por la propia naturaleza de estas entidades, mayormente privadas.

La pregunta entonces es ya, a estas alturas, algo más que obvia ¿ qué responsabilidad penal le correspondería con este nuevo panorama al empresario por omitir la inobservancia a estas normas de buen gobierno corporativo ?, ¿ podría decirse que el empresario, responde ahora simplemente por no aplicarlas ?. La respuesta es concluyente, no. El empresario no puede responder simplemente por no aplicar en su actividad las normas de buen gobierno corporativo por la misma razón de que estas no son vinculantes u obligatorias, de ello también que sean criticadas por su aparente inoperatividad. Siendo ello así sería inadmisibles y desproporcionado la creación de un tipo penal bajo esas características. Además, estas normas como lo tengo expuesto, provienen de un contexto privado y son, básicamente, producto del consenso, de manera que no tienen la esencia coercitiva que una norma legal tiene, de manera que transformarlas a ese ámbito sería desnaturalizarlas, porque en la práctica denotaría una invasión estatal en los fueros del empresa. Incluso en la hipótesis de que se acepte la creación de un tipo penal semejante que sancione al empresario por el sólo hecho de no aplicar las normas de buen gobierno corporativo, habría que ingresar al análisis de si, en el contexto

totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechosos por la Administración “ ; dicho en otros términos, se sanciona por una mera sospecha. Así, se condenó al Gerente, Socio y Administrador de la empresa encargada.

de cada empresa determinada, era necesario o no (obligatorio o no) su aplicación, si era posible también su cumplimiento, etc.

Tomando en cuenta el aserto antes presentado, resulta relevante entonces determinar bajo qué parámetros serían vinculantes las normas de buen gobierno corporativo, dado que si bien su sola inobservancia o aplicación directa no puede generar responsabilidad, no menos cierto es que el hecho que no existan en una empresa cualquiera, coadyuva o facilita en algunos casos a la generación de conductas delictivas. Esto viene a consecuencia de lo afirmado líneas arriba, tomando en cuenta que la empresa de hoy debe prioritariamente auto-controlarse, auto-gobernarse y en suma, auto-regularse. La ausencia de normas como las de gobierno corporativo que tienden precisamente esos objetivos, motiva la generación de espacios favorables a la consumación de hechos punibles. Desde ese nuevo panorama que supone la vinculación entre Derecho Penal y buen gobierno corporativo, el deber de garante del empresario se reestructura ampliándose y generando el incremento de responsabilidades omisivas, concretamente el omitir los controles necesarios que suponen las normas de buen gobierno corporativo, dejando ese espacio favorable a la delincuencia empresarial, pero no por la sola no aplicación de dichas normas, sino por, básicamente, su renuncia a vigilar y controlar. Ahora bien, la inobservancia de este nuevo deber de garante deberá ser confrontada en cada caso puntual con la inexistencia o no, de ser posible (si el tipo penal así lo exige) de un resultado determinado, de modo que este último sea consecuencia directa del primero.

Obviamente, la probable existencia de responsabilidad del empresario en este nuevo panorama que ofrecen las normas de buen gobierno corporativo, no enerva, ni elimina las otras responsabilidades de los propios intervinientes o ejecutores del hecho punible. Dicho en otros términos, el empresario será co-responsable, pero no único responsable.

También lo serán quienes aprovechen ese espacio dejado por la ausencia de controles que implica la no observancia de las normas de buen gobierno corporativo. Esta co-responsabilidad se fundamenta, a su vez, en el papel que desempeña el empresario como titular de la actividad, claro está, siempre y cuando no sea él, el único y directo agraviado.

Hablando de las distintas calidades de autoría y participación que se pueden dar en el ámbito de la empresa, la configuración de esta nueva perspectiva de deber de garante podría, en mi criterio, solucionar problemas que antes se pretendían zanjar con teorías como la de la fungibilidad, apoyada en la existencia y motivación de un denominado “*hombre de atrás*” a quien había muchas dificultades de identificar y sancionar aunque se sabía que era el generador de la conducta punible, de manera que posiciones como ésta finalmente terminaban frustradas. Es cierto que teorías como la de la fungibilidad dirigen su valía hacia conductas con una carga intencional mucho más intensa que la que puede suponer la omisión de normas de buen gobierno corporativo, pero considero que – finalmente – posiciones como las que estoy esgrimiendo se condicen mucho más con la naturaleza de la actividad empresarial. En efecto, en casos como la teoría de la fungibilidad, el llamado “*hombre de atrás*” planifica y organiza todo el evento delictivo, siendo el ejecutante tan sólo una pieza o instrumento de cambio. Estas situaciones, salvo en empresas de fachada que son un caso aparte dentro de la criminalidad empresarial, no se dan con mucha frecuencia en el mundo habitual de los negocios. Muchas veces, las conductas delictivas concurren por la propia oportunidad que ofrecen las múltiples variantes que implican los negocios, haciendo que el empresario – en algunas hipótesis – ni siquiera conozca certeramente de un hecho punible cometido en el seno de su empresa. Lo que sucede en este tipo de casos, de acuerdo al nuevo panorama propuesto, es que el empresario – como lo dije – no ejerce su deber de

garante y no aplica los controles correspondientes, controles que están agrupados y resumidos en las normas de buen gobierno corporativo.

Ante el desarrollo explicado anteriormente, caben plantearse tres interrogantes que pueden surgir con naturalidad y que me permitirán explicar de mejor forma mi posición : 1) ¿ es que acaso estos controles adecuados no existían antes ?; 2) ¿ implica esta posición el nacimiento de una nueva forma de responsabilidad penal ? y 3) ¿ cómo penar a alguien sobre el fundamento de normas no coercitivas u obligatorias como son las normas de buen gobierno corporativo ? Las respuestas, a continuación.

Los que he convenido en llamar “*controles adecuados*” siempre han existido, no pretendo decir que son un invento nuevo. En realidad, el deber de garante del empresario también ha estado presente desde hace un buen tiempo y ciertamente, es consustancial a la propia naturaleza de la empresa. Más aún, las normas de buen gobierno corporativo también han existido siempre. Sucede que dados los denominados fraudes corporativos, entiendo que normas como estas vivían “*a modo de exceso en la precaución*” de cualquier empresario “*extra-diligente*”; sin embargo, ahora han pasado a tener una inusual acogida por que la propia realidad de las situaciones así lo han determinado y no solamente en empresas listadas, sino también en empresas que no lo son, e incluso en el ámbito de la administración pública. Esto se debe a un fenómeno que ya he anotado anteriormente; la empresa se ha convertido en un foco de riesgo creciente a comparación de lo que antes podía suceder de manera esporádica. Es decir, el factor de riesgo en la empresa de hoy, es sin lugar a dudas mayor al de antes. Por eso, las normas de buen gobierno corporativo que antes se encontraban diseminadas como “*extra-precaución*” de un empresario que reputamos como extra-diligente, se han uniformizado en instrumentos como los códigos de buen gobierno

corporativo o las recomendaciones de informes como el Aldana, Cadbury, etc.

Un fenómeno parecido es el que sucede con la misma mutación del catálogo penal, al existir conductas que antes no constituían delito y hoy si lo son (delitos ecológicos), o, aquellas que antes tenían la condición de punibles y, por los cambios sociales o económicos, han dejado de serlo (delito de adulterio). Esto se debe a que el Derecho Penal se mueve bajo las exigencias de la necesidad de sancionar una conducta o no como delito ¹¹⁹ .

Pasando a la segunda interrogante, tengo también que responder en sentido negativo, ya que sería desproporcionado el sostener que esta nueva posición, valga la redundancia, el nacimiento de una nueva forma de responsabilidad penal. Como lo he explicado, se trata más bien del incremento de la responsabilidad omisiva y no una nueva forma de atribución de responsabilidades. Esto obedece también a un hecho que he reputado como el fracaso del Estado ante el control de la actividad empresarial. Bajo planteamientos como el que pretendo sostener podría decirse más bien que se aprecia un giro necesario de política criminal antes que variación del Derecho Penal en esencia.

Finalmente, en cuanto a la última de las interrogantes planteada debo decir que, efectivamente, las normas de buen gobierno corporativo por su propia naturaleza siempre han sido recomendaciones sin carácter vinculante u obligatorio. Cada empresa tiene, por principio elemental de auto-organización, su propio estatuto que si bien se rige bajo la ley especial competente (en el caso peruano la Ley General de Sociedades – Ley No 26887), representa una forma de norma consensuada al igual que lo son

¹¹⁹ HERRERA VELARDE, Eduardo. “*Los delitos sin víctimas : Despenalizando el Derecho Penal*”. Revista Advocatus. No 11. 2004. Págs. 322 – 328.

las normas de buen gobierno corporativo. No obstante ello, nada obsta que sobre la base de una norma de carácter consensuada exista la posibilidad de construir una norma vinculante de carácter penal, como aquella contenida en el artículo 198 inciso 6º del Código Penal peruano ¹²⁰ . En casos como el explicado, partiendo de una norma penal vinculante habrá que recurrir a una norma particular consensuada para concluir en cada caso específico si hay o no elementos probables de delito. Tengamos en cuenta además que, como contrato social que es, el estatuto y sus normas derivadas (directivas internas de una empresa por ejemplo), son ley entre las partes., por ende, todos los órganos que componen la persona jurídica quedan obligados a respetar estas normas consensuadas. De otro lado, la existencia de responsabilidades penales en este orden no está dada, como lo dije, por la simple omisión de aplicar las normas de buen gobierno corporativo, el fundamento recordemos, radica en este ámbito, en el no cumplimiento de un deber de garante sobre la ausencia de controles adecuados que tienden a minimizar los riesgos que la empresa de hoy ofrece.

De otro lado, no es necesaria la existencia de un conglomerado de normas para que el deber de garante del empresario tenga consistencia en supuestos como los indicados anteriormente, esto se verifica de casos como el de la injerencia en que el deber nace de la propia situación sin la necesidad de preceptos normativos. Luego entonces, lo que hacen las normas de buen gobierno corporativo es situar la responsabilidad omisiva en un contexto definido, reforzándola. En otras palabras, no era necesario

¹²⁰ Artículo 198 inciso 6º del Código Penal peruano .-

“ Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años el que, en su condición de fundador, miembro del directorio o del consejo de administración o del consejo de vigilancia, gerente, administrador, auditor interno, auditor externo o liquidador de una persona jurídica, realiza, en perjuicio de ella o de terceros, cualquiera de los actos siguientes :

...6) Omitir comunicar al directorio, consejo de administración, consejo directivo u otro órgano similar o al auditor interno o externo, acerca de la existencia de intereses propios que son incompatibles con los de la persona jurídica ...”.

que las normas de buen gobierno corporativo sean coercitivas u obligatorias. Para entender esto mejor, a continuación pongo un ejemplo :

Supongamos que un empresario de construcción omite instaurar como medida de seguridad para sus trabajadores, la utilización de un casco ante la probable caída de material. De otro lado, supongamos también que la normativa especial no diga nada al respecto, es decir no exija ese requisito de seguridad en claro vacío legislativo. Pues bien, ocurre un accidente con consecuencias fatales debido a que a un obrero le cayó un ladrillo en la cabeza, ¿ podría el empresario argüir en el juicio subsecuente, que la norma no lo obligaba y por lo tanto que se encuentra fuera de responsabilidad penal ?. habrá que decir respecto a esto que la ausencia legislativa no excluye la responsabilidad penal porque la propia condición de garante obliga al empresario a velar por la seguridad de sus trabajadores. Ergo, el deber de garante no solamente puede (y debe) limitarse a una norma legal, sino a la conexión del titular con el bien jurídico tutelado, coyuntura que va más allá de la norma y genera observancia de cuidados elementales.

8. LOS GRADOS DE RESPONSABILIDAD PENAL AL INTERIOR DE LA EMPRESA EN EL CONTEXTO DE LA VINCULACIÓN CON LAS NORMAS DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

Ya en el acápite anterior me he ocupado de los límites de las responsabilidades del empresario, mas este concepto que he situado en el contexto de ciertas formas particulares de organización (por ejemplo pequeñas empresas), desaparece si hablamos de una corporación, en el cual apreciamos grupos de accionistas, grupos económicos, etc. y en suma, toda una dispersión en cuanto a propiedad concierne.

En línea con lo expuesto anteriormente, la responsabilidad penal también empieza dispersarse y diversificarse a través de los distintos órganos que se estructuran al interior de la persona jurídica, a diferencia – como lo señalé – de lo que ocurre en una empresa familiar por ejemplo, en donde el control de la actividad (y la consecuente responsabilidad) recae en una o en pocas personas. Aparecen, de esa manera, nuevos de garantes.

- ***El administrador***

El rol del administrador, hoy por hoy, constituye tal vez la figura central de los delitos societarios a razón de su inclusión como sujeto cualificado en los distintos tipos penales que a esos efectos de estructuran ¹²¹ .

Desde un punto de vista estrictamente societario (a donde el Derecho Penal debe mirar inevitablemente al ingresar en este campo), la administración es, básicamente, la ejecución de una función, la de administrar, obviamente. De esta manera, la Ley General de Sociedades peruana en su artículo 152 indica que la administración puede recaer en el Directorio y en uno o más gerentes, lo cual supone que, más allá de la denominación del cargo, la función de administrar es la que marca la pauta en el desarrollo de la actividad empresarial, coyuntura que incide de forma notable en el Derecho Penal.

La función de administrar – explicaba Elías Larosa ¹²² – comprende a la gestión y a la representación de la sociedad. Es decir, prácticamente como lo dije, el mayor peso en cuanto a responsabilidades al interior de la empresa. Por ello, indica el referido autor, la administración tiene dos

¹²¹ Así por ejemplo el Código Penal español en sus artículos 290, 293 y 295 consagran figuras delictivas en donde el eje central de comisión se encuentra situado en el rol de administrador de hecho o de derecho. La misma temática, aunque en un tipo diferentemente estructurado, sigue el Código Penal peruano en el artículo 198.

¹²² ELIAS LAROSA, Enrique. Derecho Societario peruano. Trujillo. Editora Normas Legales. 1999. Pág. 328.

formas de expresión, la primera vinculada a las relaciones de la sociedad con terceros y la otra compuesta por la propia interacción con los demás órganos que conforman la estructura societaria. Esta es la razón por la que desde un punto de vista penal, la administración tenga, también dos caras hablando de responsabilidades, una cara interna que responde ante los órganos societarios (por la gestión básicamente) y la otra cara, la externa, frente a los otros agentes económicos u otros terceros con los cuales la sociedad se vincula (esta cara implica básicamente la responsabilidad por la representación).

El camino que han seguido los distintos códigos penales en la actualidad en el contexto descrito, hablando de la responsabilidad de los administradores, se encuentra relacionado a la intervención que estos hayan podido tener en una conducta de fraude, al igual que en el caso de la negligencia por la mala gestión de la sociedad. Referente al tema de la negligencia, por ejemplo se entiende, como lo remarca Paz Ares ¹²³, que debe existir una renuncia del Derecho Penal a intervenir en sanciones de este tipo de conductas, ello porque, más allá de marcar una corriente más tolerante, implica, inequívocamente la intrusión en campos altamente subjetivos a los cuales el Derecho Penal no debería mirar muy a menudo, orientándose a interrogantes como las que sugiere Adán Nieto que pregunta : ¿ en qué medida el juez penal puede adentrarse en este margen de discrecionalidad y sustituir la decisión del administrador por la suya propia o de los querellantes (accionantes) probablemente mejor, y considerar además que la decisión adoptada resulta típica ? ¹²⁴. Lo antes dicho no debe alejarnos del marco del abuso del derecho que, conjuntamente, con el fraude, desde mi perspectiva, constituyen el norte al

¹²³ PAZ – ARES, Candido. *“Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores”*. Ponencia presentada en el marco del Tercer Encuentro de la Mesa de Trabajo de Gobierno Corporativo para la Latinoamérica, auspiciada por la OCDE y el Banco Mundial. México, 08 al 10 abril de 2002.

¹²⁴ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 04.

que debe mirar el Derecho Penal societario en este extremo. Un claro ejemplo de lo que constituye abuso de derecho, para explicar mejor el término, se encuentra en el caso de la dilapidación de activos, como lo ocurrido en el caso del Atlético de Madrid en el cual se cuestionó la realización de ciertos gastos de esponsorización que fueron considerados excesivos e impertinentes de cara al giro de la corporación municipal de Marbella, habida cuenta que el acusado, además de ser Presidente y accionista mayoritario del referido club de fútbol, era también Alcalde de la ciudad ¹²⁵. Es cierto que, dada la hipótesis del caso del Atlético de Madrid, sería válido el oponerse el argumento de la alta subjetividad, con lo cual, además, se estaría cuestionando a todo el concepto de abuso de derecho que he sostenido como referente del Derecho Penal societario. Dicho de otra forma y bajo la siguiente interrogante : ¿ cómo separar e identificar un caso de conducta negligente de uno de dilapidación de activos (abuso de derecho) ?. La contribución hecha por las normas de gobierno corporativo que en este ámbito se introducen, resulta notable y pasa por el señalamiento de requisitos concurrentes que tienden – precisamente – a objetivizar la cuestión, separando uno de otro supuesto.

El primer requisito va en el respeto a las reglas de procedimiento que la propia sociedad establece como reglas internas (business judgement rule) y que, a decir de Nieto y Foffani ¹²⁶, no pueden resultar revisables al punto de tener una suerte de “*cosa juzgada societaria*”. Esto implica un aserto de grandes proporciones lógicas, el administrador que al tomar la decisión cuestionada – por ejemplo de donar camisetas al equipo de fútbol del municipio – y que respetó las reglas de transparencia procedimental impuestas, no puede, luego ser juzgado por la decisión en si. Esta regla contiene, en mi criterio, dos excepciones que pueden suponer la revisión de las decisiones correspondientes, excepciones que llevan a relativizar la

¹²⁵ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 08.

¹²⁶ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 29.

“presunción de corrección”¹²⁷ de las cuales están premunidas las mismas. Me refiero, por ejemplo, a un probable supuesto en el cual la información transmitida en el procedimiento interno de toma de decisión no sea necesariamente la información verdadera; es decir, en casos de aparente transparencia informativa. El otro caso va en lo que podríamos llamar como una connivencia interna, cuando existe un proceso interno aparente que se presenta para ocultar un acuerdo de voluntades evidentemente delictivo. Claro está que en casos como estos se podría hablar más bien de un fraude, pero en defensa de la posición que planteo es importante identificar que existe aquí un hecho generador que es precisamente el abuso del derecho.

El segundo requisito para objetivizar la denominada dilapidación de activos, lo encontramos en la definición que alcanza el American Law Institute señalando que esta (la dilapidación de activos sociales), se identifica cuando exista “ *un gasto de fondos sociales o liquidación de activos sociales sin recibir contraprestación alguna y sin que exista un objetivo empresarial racional o, si se recibe una contraprestación, cuando ésta es tan inadecuada en cuanto a su valor que ninguna persona de sano juicio empresarial la consideraría digna de lo que la sociedad haya pagado*”¹²⁸, regla conocida como waste of corporate assets.

De todo lo antes señalado queda claro que la responsabilidad penal del administrador per se, no se ha visto sustancialmente extendida con la incidencia de las normas de buen gobierno corporativo. Lo que sucede es que la figura del administrador como tal, ha cedido en protagonismo a favor de otros cargos como el del Directorio o el de los auditores externo.

¹²⁷ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. O. Cit. Pág. 29

¹²⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE. Principios de Gobierno Corporativo : Análisis y Recomendaciones.

No obstante lo anotado, a la luz de estas normas de buen gobierno corporativo, podría decirse que la responsabilidad penal del administrador ha ganado en cuanto a claridad concierne a diferencia de lo ocurrido en tiempos anteriores en los que – en la práctica – el administrador respondía casi por todo y por todos.

- **Los accionistas :**

Si hablamos de la aparición de nuevos garantes en el empresa a raíz de las normas de buen gobierno corporativo y su matrimonio con el Derecho Penal, tengo que pronunciarme en contra de incluir en este grupo a los accionistas.

La razón estriba precisamente en la línea que pretende sostener como idea básica el buen gobierno corporativo, la separación entre propiedad y gestión.

Es claro que la mayoría de los instrumentos que se han producido recomiendan que una cosa es la propiedad y otra muy diferente la gestión, por eso es que se sugiere – preferentemente – que ambas deben recaer en distintas personas y no vinculadas. Esa razón es la que ha motivado por ejemplo la postulación de recomendar la inclusión de Directores independientes y profesionales, ya que se trata de no mezclar.

Obviamente, si el accionista desempeña – como suele ocurrir a veces – un cargo incluido en este grupo (por ejemplo el de Director), asumiría las responsabilidades de rigor no por su condición de propietario, sino más bien, por la gestión.

La premisa antes anotada no aleja a la figura de los accionistas del mundo del buen gobierno corporativo y por ende tampoco del Derecho Penal,

aunque insisto, no como generadora de responsabilidades en este nivel. Esto fluye de una razón muy simple, el accionista es el beneficiario principal de la gestión social, luego entonces pretender hacerlo responsable sería como culpar a quien le robaron la cartera por andar descuidado. No obstante lo expuesto, la Junta General de Accionistas, como órgano posee muchas facultades de notable incidencia en el buen gobierno corporativo, como aquellas señaladas en los artículos 114 y 115 de la ley especial.

- ***El directorio :***

El Directorio constituye uno de los órganos societarios que indudablemente ha adquirido mayor protagonismo con la incorporación de las normas de buen gobierno corporativo. Actualmente el Directorio, ha dejado de ser un grupo de respetables señores que se reúne muy periódicamente para tratar de temas genéricos de la empresa y que, en la práctica, no conoce casi nada de lo que ocurre al interior de la sociedad. Hoy, es un órgano mucho más activo, pero sin perder su esencia.

Lo primero que hay que tener en cuenta al hablar del Directorio en este contexto, es que este órgano es el que tiene directa vinculación con los propietarios de la empresa y que asume la responsabilidad del cumplimiento de los acuerdos que en la Junta General de Accionistas se adopten, a tenor de lo preceptuado por el artículo 117 de la Ley General de Sociedades.

Conceptual y funcionalmente, se entiende que el Directorio se ocupa de ciertas “*funciones claves*” como las precisan los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas (acápito d, puntos 1

al 7) ¹²⁹, de lo que se colige, como lo señalé líneas arriba, que es el nuevo “*actor principal*” del buen gobierno corporativo.

Un segundo punto que no debe escapar a nuestro análisis es también que el Directorio actúa en forma colegiada o corporativa. Esto no tiene nada de brillante, pero trae un impacto en cuanto a la responsabilidad penal que pudiera generarse en estas instancias.

La responsabilidad penal del Directorio puede tener varios matices cuando esta fluye de un acuerdo que allí se adopte y que a la sazón, pueda determinar algún efecto delictivo. De esta manera, García Caveró indica por ejemplo que lo que sucede es que quien vota en contra de una decisión semejante, salva su responsabilidad penal, lo cual no ocurre necesariamente con quien se abstiene de votar, toda vez que según el connotado autor nacional, podría responder por omisión impropia de acuerdo a las particularidades del caso ¹³⁰. Desde luego, quien vota a favor asume su responsabilidad, salvo que exista una causa que impida ello (como por ejemplo ocultamiento de información). No obstante lo señalado que constituye, por así decirlo, el marco de imputación en el Directorio, en la realidad de los hechos resultaría sumamente difícil que un delito tenga como partida de nacimiento en un acuerdo de Directorio.

La situación cambia ostensiblemente si analizamos la responsabilidad penal del Directorio a la luz de las normas de buen gobierno corporativo que, como veremos, implica una responsabilidad fundamentalmente

¹²⁹ COMISIÓN NACIONAL DE SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES (CONASEV), MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF), SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS (SBS), BOLSA DE VALORES DE LIMA (BVL), ASOCIACIÓN DE BANCOS (ASBANC), CONFEDERACIÓN NACIONAL DE INSTITUCIONES EMPRESARIALES PRIVADAS (CONFIEP), ASOCIACIÓN DE EMPRESAS PROMOTORAS DEL MERCADO DE CAPITALS (PROCAPITALES) y CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADOS DE CAPITALS Y FINANCIERO (MC & F). Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas. Julio de 2002.

¹³⁰ GARCÍA CAVERO, Percy. Fraude en la administración de personas jurídicas. Lima. Editorial Palestra. 2005. Pág. 78.

arraigada en la omisión impropia aunque distinta a la indicada en el párrafo precedente.

Como se ha visto líneas arriba, corresponde al Directorio, inicialmente, implementar la política de buen gobierno corporativo en una empresa, de manera que la no ejecución de esta función – ahora trascendental – acarreará, como indica Nieto Martín, una responsabilidad también inicial por “*no vigilar*”¹³¹. No pretendo con ello, obviamente, sostener que la responsabilidad penal del Directorio linda con la solidaridad, primero porque esta afirmación resulta inaceptable en el marco de un Estado de Derecho; y segundo porque en ningún modo se establece un vínculo entre la responsabilidad del eventual agente y el Directorio. La responsabilidad penal del Directorio, independientemente de las otras que puedan concurrir, pasará por la omisión de los controles correspondientes que a su vez suponen las normas de buen gobierno corporativo. Desde luego, este análisis pasa por establecer que la aplicación de controles hubiera impedido el resultado.

Lo antes mencionado nos lleva a la hipótesis de la cual me ocupé también anteriormente al tratar el tema de la omisión impropia, ya que este tema nos llevaba irremediablemente a interrogantes como aquella que sostenía ¿ cómo saber si la acción esperada hubiera impedido el resultado ?. En ese contexto precisé, cuestión que reafirmo, que ese es un problema sin solución, por lo que nos veremos resignados a esperar una respuesta. Sin embargo, en el caso del buen gobierno corporativo podemos llegar a una posible alternativa muy próxima a la certeza. Esto se da por ejemplo en aquellos casos en los cuales, por ejemplo, el Directorio debe efectuar una supervisión de la instancia ejecutiva de la empresa, concretamente, del Gerente General. Luego entonces, si el también llamado Consejo de Administración (como se conoce al Directorio en otras latitudes), renuncia

¹³¹ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 3.

a ejercer vigilancia y deja en manos de terceros esta, en atención al principio de confianza, nos encontraremos frente a una evidente responsabilidad penal del Directorio si es que el órgano ejecutivo consuma alguna conducta delictiva, de ello que – en estos supuestos – sea posible inferir válidamente que un control razonable hubiera impedido el resultado. Como supuestos de excepción, encontraremos aquellos casos en los cuales el Gerente se valga de conductas de ocultamiento para tornar en imposible cualquier control (entonces mal podría responsabilizarse al Directorio por no controlar). Entonces, la responsabilidad penal del Directorio en el contexto del buen gobierno corporativo pasa por dos instancias : controlar a los demás y controlarse a si mismo.

En el extremo de controlar a los demás se abarcan medidas para un funcionamiento transparente de la empresa, como por ejemplo la composición de una Comisión de Auditoría que se encargue de la revisión de sistemas de control interno y la evaluación de procedimientos contables¹³² . Otro ejemplo es sin duda, la intensificación de mecanismos que tiendan a la comunicación de comportamientos ilegales como ocurre en la instauración de figuras como la del soplón o whistleblowers¹³³. Sobre esto último, algunas anotaciones a tener en cuenta : 1) cabe indicar que mecanismos como estos que favorecen la delación no son, obviamente, infalibles y pueden resultar inoperantes cuando las altas esferas de la sociedad conozcan y consientan la perpetración de ciertos hechos punibles; 2) asimismo estos mecanismos, contrariamente a su espíritu, pueden intensificar la tensión de relaciones interpersonales haciéndolas más difíciles por lo que tampoco es coherente fomentar un clima de alto espionaje en donde el compañero de al lado podría estar vigilando todo.

¹³² Recomendación efectuada por el Código Andino de Gobierno Corporativo.

¹³³ Cfr. White paper sobre Gobierno Corporativo en América Latina desarrollado por la Mesa Redonda Latinoamericana sobre Gobierno Corporativo iniciada en el año 2000.

He advertido, por otro lado, que la función del Directorio pasa también por controlarse a si mismo y esto determina en mi concepto una nueva forma de ver a este órgano. Ejemplos de esta posición abundan, pero creo que el más sensible y de hecho el más abordado por los tratadistas es el la de política remunerativa. Así, el Informe Cadbury recomienda la publicidad en las remuneraciones y los criterios de adopción para fijar una suma determinada, coyuntura que colaborará indudablemente en la transparencia procedimental. Esto implica, en buen romance, que el Directorio en casos como los de política remunerativa comunique la forma y el modo de cómo se adoptó una decisión en esa línea, haciendo patente que no existe voluntad de abusar de la posición para favorecerse o favorecer a terceros y además, evidenciando su auto-control como idea fundamental del buen gobierno corporativo.

El Informe Winter por su parte ha ocupado dos de sus recomendaciones que notablemente inciden en esta labor de auto-control que debe seguir el Directorio : 1) la primera de ellas pasa por la necesidad de introducir cláusulas de responsabilidad colectiva por la veracidad de las cuentas anuales y balances, a propósito por ejemplo de casos como el de Enron y 2) la necesidad de adoptar normas que hagan responsable al Consejero o Director por permitir que la empresa continúe realizando inversiones cuando debería haberse previsto que no existía capacidad para afrontar las obligaciones derivadas. En la primera de las recomendaciones, nos encontramos ante un supuesto ya contemplado en la Ley Sarbanes Oaxley que indudablemente traduce, al menos desde mi perspectiva, uno de los puntos originales y trascendentes de todo el concepto de buen gobierno corporativo. En efecto, el Directorio debe estar preparado para detectar, de ser el caso, que existen irregularidades contables en la empresa y luego, sobre esa base, advertirlas para evitar precisamente los grandes fraudes corporativos (eso es lo que no se hizo en casos como el de Enron). Ayudaría mucho por ello la tan requerida y ansiada especialización y

profesionalización del Directorio. Nuevamente no estamos ante la tan proscrita responsabilidad penal solidaria, sino ante la necesaria ejecución de la vigilancia que se tendrá que conjugar con las distintas variantes que a su vez se puedan dar en las actuaciones colegiadas o colectivas. La segunda de las recomendaciones anotadas líneas arriba va vinculada a un tema de gestión que implica el nacimiento de responsabilidades del Directorio por la continuación dolosa de una inversión inviable, ya sea porque la misma no va a reeditar adecuadamente a la empresa o en su defecto porque – como lo dice la recomendación – la inversión va a traer consigo que la empresa no pueda asumir los compromisos adquiridos a consecuencia de aquella.

Al ocuparse de la forma de “*controlarse a si mismo*” que debería adoptar el Directorio, el Código Olivencia sugiere que la nueva estructura de este órgano pase por introducir garantías que faciliten la consecución de los objetivos de control y transparencia (por ejemplo contrapeso de poderes). No se trata de maniar al Directorio hasta hacerlo un órgano débil y dependiente; se trata de introducir garantías que, como lo dije, hagan un órgano básicamente transparente. Suponer lo contrario implicaría restar un margen de discrecionalidad en las decisiones margen, que a decir de Nieto, deber ser lo más amplio posible porque de no ser así se perjudicaría a la propia gestión social ¹³⁴.

El punto antes abordado me lleva a tocar un tema casi imprescindible que se podría traducir en la siguiente pregunta : ¿ por qué se ha puesto tanto cuidado en controlar al Directorio y hacer que este se auto – controle ? La respuesta guarda vinculación con lo que he desarrollado anteriormente al ocuparme del rol del administrador, el abuso del derecho y las conductas fraudulentas que, como lo indiqué, determinan el norte en el cual debe mirar el Derecho Penal. Me explico a continuación.

¹³⁴ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Op. Cit. Pág. 15.

El abuso del derecho, finalmente abuso de poder, se vislumbra como una práctica muy usual en el Derecho Penal societario y como es lógico viene del órgano con más poder en la empresa, el Directorio. Ejemplos sobre el abuso del poder en el Directorio también sobran como ocurre con la ya tocada política remunerativa que es sin duda el tema por excelencia en el cual recalca lo abusivo y a veces delincencial que puede presentar este órgano.

Otro ejemplo más cotidiano quizás está en la llamada responsabilidad social corporativa que suele confundirse con la dilapidación de activos de la cual ya me he ocupado. Resulta que en el mundo empresarial actual, las corporaciones se ven irremediamente introducidas en estas prácticas de responsabilidad social que hacen que estas interactúen con la sociedad que las rodea, al punto de pasar a convertirse en un buen ciudadano con su entorno social, valgan las redundancias. Desde un punto de vista malicioso, podría decirse que esta responsabilidad social corporativa constituye un poco la forma de pagar los pecados que se ejecutan en la actividad empresarial, máxime si advertimos que las ejecutantes son a veces empresas con altos grados de contaminación ambiental por ejemplo. Un caso real que para mi constituye un claro ejemplo de responsabilidad social corporativa podría ser el que actualmente se ventila en los tribunales peruanos como el escándalo de la remodelación de palacio de gobierno que llevó a cabo la empresa Petróleos del Perú S.A. (PETROPERU) en el año 2001. En ese sentido, se cuestiona, vía la imputación de delitos como el de malversación de fondos y abuso de autoridad, la ejecución de la labor de poner en valor la llamada Casa de Pizarro, porque ello no se condecía con el objeto social de la empresa. Es cierto, formalmente, podría llegarse a conclusiones como la que contiene la incriminación antes aludida que, en la práctica, llegaría a transformar este tipo de actos (normalmente regulares) en conductas delictivas. Sin embargo, ello determinaría una

desconexión entre el Derecho Penal y la realidad que determinan los negocios. Luego entonces hay que ver porque se llevó a cabo ese acto y si eso realmente corresponde a lo que se conoce como responsabilidad social corporativa. No toda coincidencia con el tipo - coincidencia formal y aparente - podrá significar el abuso de derecho (abuso del poder) del cual me estoy ocupando.

Ahora bien, en cuanto al fraude, los ejemplos también son innumerables y estos vinculados al Directorio, se deben también a su vez a dos causas : por el Directorio pasan las decisiones más trascendentes de la empresa y siendo ello así, corresponde al Directorio identificar y señalar algún supuesto fraudulento, labor que básicamente se desarrollará por la vía del control interno y fundamentalmente por la contabilidad (ciertamente, implementación y vigilancia de funcionamiento de mecanismos de control interno y evaluación, análisis y fiscalización de la contabilidad en la función de delegar también a auditores externos especializados e independientes, sin perjuicio de ejecutar un control particular). Salvo que el Directorio participe del fraude, supuesto que he contemplado como posible, su función en el contexto señalado es controlar, de ello que el no ejercicio o renuncia de esta obligación determinaría un claro supuesto de omisión impropia.

A los dos ejemplos de fraude y abuso de derecho que justifican la incrementación desde el punto de vista del buen gobierno corporativo de la responsabilidad penal del Directorio, habría que agregar los casos de corrupción. Primero porque en algunos casos como el de Enron, el Directorio se ha convertido en un agente corruptor que, como señala Fernandez de Araoz ¹³⁵, ha sabido mermar la independencia y objetividad

¹³⁵ FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. *“Entorno a la mejora de los mecanismos de gobierno corporativo de la sociedad cotizada : Reflexiones sobre el papel de los controles externos y el reforzamiento de los mismos”*. Trabajo redactado para el segundo seminario de derecho de los negocios entre las Universidad de Harvard y la Universidad Complutense.

de firmas auditoras por dos modalidades : 1) o bien se le amenazaba con que iba a perderse la cuenta de la empresa contratante 2) o bien se le recompensaba indebidamente con otros contratos, logrando con ello su aquiescencia tácita o expresa a prácticas contables irregulares o ilícitas. Precisamente sobre este tema resulta oportuno traer a colación lo sucedido en el caso Enron, en donde se ha cuestionado la participación de firmas auditoras como Andersen Consulting a la cual se le incriminaba precisamente su omisión por no controlar adecuadamente los irregulares manejos que venían perpetrándose al interior de la sociedad auditada.

Lo segundo en cuanto a corrupción concierne, se da cuando el Directorio abandona el control y permite, en clara omisión impropia, la ejecución de prácticas corruptas. Un caso emblemático actual es el relativamente reciente, que involucró a la empresa Hyundai en el cual se ha descubierto que un importante ejecutivo de dicha compañía habría destinado fondos societarios para prácticas de corrupción y asegurar contratos estatales.

En el caso de corrupción sucede un fenómeno semejante al del fraude, el Directorio participa o el Directorio no controla y consiente tácitamente. Si bien en la primera hipótesis parece no haber vinculación a las normas de buen gobierno corporativo (por constituir un caso tradicional de Derecho Penal societario), esto no es del todo cierto. Sucede que en este tipo de supuestos el Directorio elimina o neutraliza o elimina a los otros garantes, logrando que estos también incurran en su propia responsabilidad individual. En casos como el segundo de los anotados inicialmente, la responsabilidad omisiva es más que evidente y de ello la incrementación del contexto de imputación.

- ***La gerencia. Los controles internos :***

He optado por incluir dentro de un mismo grupo a la Gerencia como a los mecanismos de control interno dado que estos son, en contraposición a lo que ocurre por ejemplo con el Directorio, dos aspectos que se han visto “*menos favorecidos*” con la incidencia de las normas de buen gobierno corporativo. Esto parte de dos cuestiones que considero elementales : 1) la de la Gerencia, es la figura que hasta el momento representaba mayor exposición, por ende mayor riesgo dentro de la sociedad, por lo tanto era a quien se tenía que controlar de mejor forma y; 2) en el caso de los controles internos ya se ha optado por una desconfianza de estos en cuanto a su efectividad, de manera que ahora se hace inevitable mirar a controles externos.

Empecemos por la Gerencia. Legislativamente, se entiende que el Gerente o Primer Ejecutivo de la empresa es, precisamente, quien ejecuta los mandatos del Directorio, de ello la vinculación función inseparable que ostentan el ejercicio de ambos cargos.

Actualmente puede apreciarse, siempre dentro del mismo plano legislativo, que, de acuerdo al artículo 190 de la Ley General de Sociedades, el Gerente posee amplias facultades para la implementación de mecanismos de control, de lo cual se colige la existencia de responsabilidad, por ahora ajena a la responsabilidad penal por la no implementación de tales mecanismos al interior de la empresa. Concretamente, el Gerente se hace responsable, se entiende societariamente, por el ocultamiento de irregularidades al interior de la empresa, como lo refiere el numeral antes mencionado. Desde este punto de vista, esta eventual conducta de ocultamiento podría determinar, la inclusión como partícipe de quien ejerce el rol de Gerente en una sociedad determinada, con lo cual la visión tradicional del Derecho Penal parecería ya haberse adelantado a la inclusión de normas de buen gobierno corporativo, porque ya la legislación especial preveía controles y sanciones por su no implementación; es decir

el tema de la responsabilidad por omisión impropia parecería algo ya usual. Sin embargo, el inciso 2º del referido artículo 190 resulta mucho más atractivo a los ojos de una nueva visión del Derecho Penal con la inclusión del buen gobierno corporativo.

Sostengo que la figura de la Gerencia no ha sufrido, como ha podido apreciarse, cambios sustanciales con la incorporación de las normas de buen gobierno corporativo porque el panorama sigue siendo el mismo que antes y la responsabilidad subsecuente que le podría corresponder desde todo punto de vista (penal, societario, civil, etc.), prácticamente sigue siendo la misma. Así por ejemplo es habitual, sino práctica general que el Gerente sea el “*para-choque*” recurrente de todas las incriminaciones penales hacia la empresa sobre todo en esta parte del mundo en donde el axioma *societas delinquere non potest*, aún tiene vigencia ¹³⁶ .

A propósito del tema de la responsabilidad penal del Gerente y la variación que este habría sufrido con la inclusión de las normas de buen gobierno corporativo, el Código Andino de Gobierno Corporativo recomienda que la Gerencia debe participar en el Directorio para garantizar la cercanía de la información, con lo cual se hace aún más patente el vínculo que entre estos dos órganos debe mediar y el control que el Directorio deberá ejercer con mayor esfuerzo sobre la Gerencia. En otro contexto, como señala Adán Nieto, se entiende que la Gerencia debe evaluar conjuntamente con el Directorio, por ejemplo, el impacto de la responsabilidad social corporativa para determinar si esta trae o no mejoras cuantitativas ¹³⁷ . En suma, la Gerencia ha pasado a ser una figura más dependiente pero no por ello menos responsable.

¹³⁶ Esta es una práctica que determina un mal hábito ya instalado judicialmente en virtud del cual, en sustento del artículo 27 del Código Penal peruano, se atribuye, en la gran mayoría de los casos, incorrectamente, cualquier responsabilidad al Gerente de la empresa sin efectuar su vinculación funcional o fáctica con los hechos.

¹³⁷ NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. OP. Cit. Pág. 8

Resumidamente, puede apreciarse que la Gerencia en vez de haberse constituido como un nuevo garante, sigue siendo un co-garante que – como dije – hace de su participación más cercana y dependiente de la del Directorio. Concretamente y acudiendo a un caso hipotético, si el Directorio dispone la ejecución e implementación de ciertos tipos de control interno como el contable, y la Gerencia omite, más allá de las responsabilidades extra penales, podríamos apreciar la aparición de la omisión impropia, claro está si a consecuencia de la “no acción”, se produzca un evento delictivo. Contrario sensu, si el Directorio renuncia decididamente a este tipo de controles de los cuales hemos hablado, la Gerencia verá altamente limitada su responsabilidad en el contexto descrito.

Dentro del ámbito de la omisión impropia que hace de esta figura la protagonista del matrimonio entre Derecho Penal y buen gobierno corporativo, la infracción del deber de garante del Gerente dependerá casi en exclusividad de lo que haga o deje de hacer a su vez el Directorio, pero siempre manteniendo una posición separada en cuanto a la visión “tradicional” que he señalado en la primera parte de este acápite. Esto no implica desde luego que el Gerente pasa a ser un convidado de piedra con la inclusión de las normas de buen gobierno corporativo, sino más bien que se ha producido una intensificación de sus deberes de salvaguarda y transparencia ¹³⁸.

De otro lado, ocupándonos de los controles internos que conjuntamente con la Gerencia se han visto “desfavorecidos” dentro de esta nueva visión, es claro que resulta necesario – ahora – someterlos al contrapeso de la intervención de agentes externos o gatekeepers (auditores externos por ejemplo), habida cuenta el fracaso que aquellos han tenido en los llamados fraudes corporativos.

¹³⁸ NIETO MARTÍN, Adán. Op. Cit. Pág. 7

Es importante situar el concepto de control interno a los efectos mencionados como aquel proceso diseñado para proveer una seguridad razonable respecto al logro de los objetivos de negocios ¹³⁹. La existencia de control interno comienza, lógicamente, por iniciativa de quien detenta el máximo poder de la sociedad - el Directorio - de manera que este órgano deberá imprimir en la empresa un compromiso con una estructura interna en la medida de lo posible y transparente de cara a los objetivos que se pretende buscar. Las formas de control interno, según la literatura al respecto, son de las más diversas y en realidad, se tratan de diversos métodos o sistemas, siendo el más difundido el COSO ¹⁴⁰.

A los efectos que nos interesa, vemos que nuevamente el Directorio es el que debe empezar la decisión de implementar el control interno, en tanto que la estructura de la propia empresa será la encargada, simplemente, menuda tarea, de ejecutar esa implementación como ocurre por ejemplo con el Comité de Auditoría ¹⁴¹.

A manera de ejemplos de lo que significa el concepto de control interno, más allá del método que este abarque como el COSO, tenemos el ya comentado caso de la delación. Otro supuesto respecto a este punto es, por ejemplo, el que adopta la Ley Sarbanes Oxley (Sección 906) que exige la necesidad de hacer fácil la identificación del responsable de la certificación de cuentas de la sociedad, es decir hacerlo visible. Este tipo

¹³⁹ GONZALES VILLANUEVA, Luis. “*El Buen Gobierno Corporativo*”. Ponencia presentada en la Conferencia denominada “*El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios el 26 de mayo de 2005.

¹⁴⁰ El término COSO es una sigla que significa Committee Of Sponsoring Organizations. Constituye una iniciativa del sector privado empresarial en los Estados Unidos desde 1985 cuyo objetivo es identificar los factores que causan el fraude y evitar su incidencia.

¹⁴¹ El Comité de Auditoría es una suerte de contrapeso para revisar procesos de producción de datos financieros, los procesos de control interno y la independencia de estos. Por eso, recomienda el American Law Institute, que sus miembros componentes no deben ser trabajadores de la empresa y menos tener algún tipo de vinculación con los altos ejecutivos de la misma. Es decir, el control interno se “*externaliza*”.

de inclusiones son las que precisamente traducen la nueva visión de la empresa como “socio” del Estado.

Como puede apreciarse, se trata de hacer de la empresa un campo minado contra las prácticas delictivas que se han venido haciendo comunes y escandalosas desde casos como los famosos Enron o Parmalat. Para ello, la propia estructura de la sociedad deberá volcar sus más intensificados y arraigados esfuerzos para auto-controlarse o auto-regularse de la forma más segura posible.

- **Los auditores externos :**

El otro grupo que indudablemente también ha visto reforzada su participación como “aplicador” de mecanismos de control con el incremento subsecuente de sus responsabilidades al igual que lo que ocurre con el Directorio, lo constituyen los auditores externos que, ahora, no solamente ven restringidos sus planos de acción al tema contable, sino también a aspectos como la ecología o salud laboral en los cuales antes no ingresaban ^{142 143}.

Como ya se ha mencionado, la auditoría viene ocupando un lugar preponderante en lo que al buen gobierno corporativo concierne, a raíz de los ya tan comentados casos como el escándalo Enron que situaron en una serie de cuestionamientos al rol que las empresas auditoras desarrollaban. Si antes el auditor externo pasaba desapercibido como un elemento más de lo que representaba toda la estructura corporativa, en cuanto a Derecho Penal concierne, hoy, es uno de los nuevos garantes. Por las razones expuestas, muchos instrumentos a nivel mundial han

¹⁴² NIETO MARTIN, Adán. Op. Cit. Pág. 23.

¹⁴³ No obstante ello en este acápite prioritariamente me ocuparé en lo concerniente a la auditoría externa contable, sin que ello no signifique que los asertos que aquí se sienten en estas partes no puedan ser de aplicación a otros campos como los indicados (ecológico o de salud laboral).

cifrado sus esfuerzos en ocuparse de hacer una auditoría independiente, segura y objetiva, aspectos que se han visto controvertidos con sucesos fraudulentos como los mencionados. De esta manera, por ejemplo, la Ley Sarbanes Oaxley ha tipificado la obligación de guardar los documentos de auditoría – como medida preventiva – durante un período de 05 años, penando su destrucción con sanción de 20 años de carcelería (Sección 802).

Tal vez el mayor problema que enfrenta la labor de un auditor es el cuestionamiento a su independencia. Precisamente sobre ese aspecto, las medidas legislativas han estado ocupadas en cimentar esta característica para evitar lo que se conoce como acquiescent gatekeeper que, como anota Fernandez de Araoz ¹⁴⁴ , denota una auditoría dúctil y “*más comprensiva*” que se logra con prácticas de amenaza implícita teniendo en cuenta – entre otros factores – que las empresas de auditoría externa son, ahora, multidisciplinarias. Luego sucede lo que ya expliqué anteriormente en el caso del Directorio, cuando este funciona como agente corruptor bajo la “*coacción*” dirigida al auditor externo de acceder en conductas más flexibles y comprensivas bajo la posibilidad cierta de, por ejemplo, perder la cuenta de un cliente.

Una disposición incluida en la Ley Sabarnes Oaxley para evitar la pérdida de la independencia es aquella que exige a las firmas de auditores la necesidad de cambiar al encargado de cada cuenta a razón de 05 años de alternancia, aspecto que sin duda harán mucho más difíciles pero no imposible ¹⁴⁵ los acercamientos coactivos y amenazantes para evitar una labor auditora recta. Más allá de ello, la misma Ley Sarbanes Oaxley - como también ocurre por ejemplo en el caso de la Ley 19/1988 española -

¹⁴⁴ FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. Op. Cit. Pág.24

¹⁴⁵ Desde luego las amenazas, de acuerdo al contexto en que estas se pueden situar, normalmente se dan más a menudo a nivel de las más altas jerarquías de las empresas contratante y contratada.

ubican a ciertos organismos rectores como contralores de la actividad de las empresa auditoras, con lo cual la cadena de responsabilidades parece alargarse.

Otro freno que debería haber funcionado para la evitación de los grandes fraudes contables, hablando de auditorías externas, es el concepto que se conoce como “*capital reputacional*” al cual ya me he referido anteriormente. Pese a los grandes escándalos que a la luz de los hechos han mermado considerablemente esta idea de capital reputacional, esta idea no ha sido freno suficiente para desincentivar ciertas prácticas delictivas, muy por el contrario, como afirma Fernandez de Araoz, estos - los auditores - han sabido diseñar excusas como la de “*diligencia debida*” para intentar aplacar sus responsabilidades ¹⁴⁶ . Un caso por demás emblemático - y ya muy nombrado a estas alturas - en el cual se puso en juego mucho más que el capital reputacional de los auditores externos, es el caso Enron que, como ya señalé, involucró a empresas auditoras de gran prestigio.

El mismo Fernández de Araoz, continuando con otro de los aspectos relativos a la auditoría externa y su nuevo papel, identifica dos problemas para la determinación de las responsabilidades correspondientes ¹⁴⁷, a lo que habría sumar la ya comentada falta de independencia. El autor en ese sentido recomienda que deben eliminarse aquellos obstáculos que impidan que los auditores investiguen con diligencia y detalle, para ello resulta una motivación indispensable que no se le oculte ningún tipo de información relevante y este (el auditor) a su vez, ejerza los cruces de información correspondientes como parte precisamente de su diligencia y adecuado ejercicio del control. Desde luego, a efectos penales, el ocultamiento de información acarreará la eliminación de toda responsabilidad penal por

¹⁴⁶ FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. Op. Cit. Pág. 22

¹⁴⁷ FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. Op. Cit. Págs. 25 – 26.

omisión impropia porque, recordemos, para que el ejercicio del deber de garante sea viable es necesario que el titular se encuentre en condiciones de cumplir con su deber. En lo tocante a la ausencia de cruces de información (práctica de contabilidad muy usual e indispensable), nos podríamos encontrar ante la tenue barrera que separa conceptos como los de imprudencia y dolo eventual. En el caso del dolo eventual definitiva habrá sanción penal salvo alguna excepción particular, en tanto que en la imprudencia – siguiendo la línea de indulgencia que marca la doctrina especializada – considero que no habrá relevancia para la actuación del Derecho Penal.

El otro problema que advierte Fernández de Araoz es, tal vez, el que mayores consecuencias y complicaciones trae. Me refiero al examen que provoca la tensión entre la lealtad a la empresa (lealtad al cliente finalmente) y el secreto profesional que ostentan las empresas auditoras de cara a la confrontación con los llamados intereses públicos derivados de la necesaria tutela al mercado. Es decir, determinar hasta qué punto el auditor debe comportarse como delator o no de su cliente frente a posibles detecciones de fraudes que halle en su labor.

Sobre el particular existen, en mi concepto, dos posiciones atendibles : una posición radical, como la sostenida por Olcese Santoja, que exige la necesidad de que el auditor, como medida preventiva al fraude, delate a su cliente ante las autoridades en ejercicio de su deber de denuncia ¹⁴⁸, y otra posición, un poco más flexible, aquella que sólo requiere de la comunicación al cliente para que se vea salvada la responsabilidad penal del auditor. En defensa de la primera posición podría argüirse que, de no cumplirse con esta delación a la autoridad, se haría de la labor de auditoría una práctica anecdótica porque equivaldría indicarle al ladrón que está robando. Sin embargo este tipo de razonamientos son contrarios a la

¹⁴⁸ OLCESE SANTOJA, Aldo. Op. Cit. Pág. 81

relación cliente – auditor (profesional), al punto de llegar a entorpecerla. Por ello, considero que una posición más principista y más próxima a un Derecho Penal garantista en la medida de lo razonable, será la segunda. Claro está y esto será inevitable, siempre como excepción, en empresas de fachada por ejemplo, en las que habrán circunstancias en las cuales la comunicación del auditor a las altas esferas de la empresa sea irrelevante porque precisamente ellas sean las interesadas en la continuación del delito, pero en otros, atendiendo a la propia naturaleza del ámbito que rodea al concepto de buen gobierno corporativo, la solución propuesta es mucho más admisible.

Finalmente, un último problema que no es ajeno a la figura del auditor externo es el de la dificultad para identificar las responsabilidades funcionales que este debe tener en su relación con la empresa. Para ello, documentos como el informe Cadbury han contemplado - como resulta idea general del buen gobierno corporativo - la necesidad de establecer un catálogo a suerte de las responsabilidades del Directorio.

- ***Los asesores jurídicos externos :***

El grupo final de estos nuevos garantes que he reseñado como apariciones en el panorama del vínculo entre Derecho Penal y buen gobierno corporativo, lo constituyen, los asesores jurídicos externos ¹⁴⁹.

Con relación a este tema es importante primero hacer un deslinde de lo que supone el concepto en análisis. No es mi intención comprender con el término de asesor jurídico externo a los abogados que intervengan en la defensa judicial de la empresa (abogados procesalistas), ni tampoco a los

¹⁴⁹ Desde luego que el grupo de nuevos garantes al cual he hecho alusión no es limitativo e incluso podría extenderse a otros supuestos como el de los analistas de inversión como trasmisores de información o, también, a los encargados de los organismos reguladores competentes.

consultores en ramas no funcionalmente vinculadas como las del Derecho Penal, Derecho Civil, Derecho Societario, etc., dado que estos tendrían básicamente otro tipo de responsabilidades más bien éticas o profesionales. Me pretendo ocupar, al utilizar este término, a aquellos abogados que manejan un tipo de información distinta normalmente a la solamente jurídica o legal, es decir a aquellos abogados que se constituyen como “*ingenieros jurídicos*” y que aportan su know how ¹⁵⁰ en operaciones de emisión de documentos financieros en donde, además de lo jurídico, se acceden a cuestiones financieras, contables, etc. que ciertamente pueden constituir información relevante en virtud de reflejar la situación de una empresa determinada.

Al respecto del tema de la responsabilidad de los asesores jurídicos externos, la Ley Sarbanes Oxley en su sección 307 ha impuesto a los abogados de una sociedad emisora o cotizada la obligación de informar a los ejecutivos sobre irregularidades que pudieran detectar en su labor, algo parecido a lo que desarrollé sobre los auditores externos. En su defecto, señala la norma en mención, los abogados deberán comunicar dichas irregularidades al Jefe de Asesoría Jurídica o al Primer Ejecutivo y si estos no actuaran al Comité de Auditoría. Incluso, la ley faculta y exige al abogado a ir más allá y comunicar estos hechos al Directorio y a la SEC (Securities Exchange Commission). Sobre el mensaje que pretende dar la Ley Sarbanes Oxley, hay que anotar un punto importante. Lo medular en mi criterio es que el abogado comunique las irregularidades para la adopción de los controles de rigor, ello de cara también a la transparencia informativa que evitará fraudes al inversionista. Sin embargo no se puede pretender que se le haga responsable por la no activación de los mecanismos de respuesta al interior de la empresa. Pensar sobre esa línea implicaría colocar al abogado en un papel de garante distinto al que le corresponde.

¹⁵⁰ Cfr. FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. Op. Cit. Pág. 43.

Sin lugar a objeciones el rol del abogado es más delicado que el del auditor, no porque precisamente tenga más responsabilidades funcionales (porque no las tiene), sino porque en su mérito entramos a un plano mucho más sensible; aunque claro mucho de lo dicho en el caso de los auditores y los problemas que se enfrentan frente a ese rol, son válidos también en este contexto (riesgo de capital reputacional, limitaciones en cuanto a independencia, manejo limitado de información, etc.).

Como quiera que el rol del asesor jurídico externo es, como dije, más sensible, Fernandez de Araoz ha puesto dos objeciones al hecho de considerarlos como garantes de la información : 1) la primera objeción entorno a la probable vulneración de deberes de confidencialidad y el secreto que debe transmitir la relación abogado – cliente; es decir, la probable modificación de un deber que es consustancial e inherente a todo abogado; 2) la segunda objeción determinar que, el imponer obligaciones de alerta y colaboración bajo el contexto señalado, podría hacer que la comunicación entre el cliente y su asesor jurídico externo sea menos fluida como lo indiqué anteriormente.

Negar la calidad de garante de información del abogado y la derivada responsabilidad penal que pudiera corresponderle por esto, sería librar a un componente fundamental en el manejo de la información. No obstante, en el caso particular del asesor jurídico externo, habrán restricciones similares – en la medida de lo posible – al del auditor externo. Entonces, mal podría exigirse al abogado que delate a su cliente, pero tampoco permitir que calle y consienta pues ello lo llevaría al plano de la omisión impropia que sostengo. Como transmisor de información, es lógico que debe responder si no comunica la detección de irregularidades.

No obstante lo dicho, hay casos, sobre todo en los grandes fraudes corporativos en los que los asesores jurídicos externos han jugado un papel más que preponderante al punto de convertirse en creadores de estructuras legales para hacer precisamente materializable el fraude y evitar su identificación. En casos como estos, el abogado lejos de no cumplir con su deber de salvaguarda y lealtad aplicable por extensión a este al igual que a los auditores externos, se ha convertido en cómplice como ocurrió en el caso Parmalat, en donde se crearon “*sociedades instrumentales*”¹⁵¹ para consumar un fraude mediante el concurso de artificios contables.

¹⁵¹ OLCESE SANTOJA, Aldo. Op. Cit. Pág. 271.

CONCLUSIONES GENERALES

Sobre la base de lo expuesto en el presente trabajo, me permito expresar las conclusiones a las cuales he arribado al concluir el mismo :

- El concepto de Buen Gobierno Corporativo es hoy en la actualidad, un concepto de trascendente importancia en la empresa moderna debido a los grandes fraudes corporativos que hacen necesaria una reacción del Derecho que, además, tienda a salvaguardar a los antiguos inversionistas y asimismo colaborar con los nuevos que se encuentren interesados, presentando una empresa viable, segura y eficiente.
 - El concepto de Buen Gobierno Corporativo como idea general se presenta, a la sazón de lo referido en el párrafo anterior, como la correcta forma de cómo se dirigen y controlan las sociedades en el cual la información contiene el rol de piedra angular que lo sostiene.
 - Este concepto si bien nació como dirigido a las empresas listadas, se torna como necesario y propio en otro tipo de formación que implica la reunión de personas naturales. Así por ejemplo, es perfectamente posible aplicarlo a asociaciones sin fines de lucro, asociaciones deportivas, partidos políticos y entidades públicas.
 - Si bien el concepto de Buen Gobierno Corporativo no es vinculante, y de ello una de sus más fuertes críticas, es necesario, porque el propio mercado y el contexto actual lo hacen indispensable como una garantía para la obtención de fondos.
-

- También se ha sostenido que el concepto de Buen Gobierno Corporativo tiene esencial fundamento ético, lo cual lo haría inviable en su matrimonio con el Derecho en general dado el conflicto que entre Derecho y Ética se ha presentado siempre, conflicto, dicho sea de paso, aún no solucionado. Sin embargo, es claro también que este concepto puede tener inspiración ética que es distinto a la crítica que se le reprocha; además de que el propio Derecho también tenga una inspiración semejante.
- Hablando ya de la persona jurídica como formación a la que han ingresado sub ramas como Derecho Penal Económico y el Derecho Penal de la empresa, es hoy también un vehículo potencialmente criminal que puede valerse de su organización para la comisión de delitos como los de lavado de activos, delitos tributarios, etc. Esto debido a que la propia estructura de la persona jurídica hace mucho más difícil la atribución de responsabilidades y la identificación de los sujetos intervinientes.
- Los grandes fraudes corporativos que precisamente hacen nacer la idea de Buen Gobierno Corporativo, deben a su vez ameritar - por su propia naturaleza de fraudulentos - la reacción del Derecho Penal. Esta reacción debe incardinarse en la persona jurídica que es el ambiente natural en donde el concepto de Buen Gobierno Corporativo tiene vigencia.
- Es claro que el Derecho Penal no puede mirar estas actividades con la aplicación mecanismos de prevención dado su fundamento esencial sancionador, pensar esto implicaría sancionar por sospecha o, en general, adelantar las barreras de punibilidad. No obstante ello, es claro que la reacción se hallará en el incremento de las responsabilidades al interior de la persona jurídica.
- Resulta de ello entonces necesario que, al interior de la persona jurídica, se implementen mecanismos de seguridad que tiendan a evitar la

consumación de delitos como los explicados líneas arriba. La no ejecución de esa implementación de mecanismos acarreará una responsabilidad penal , pero no por que esto sea obligatorio per se, sino porque la coyuntura de no aplicarlos terminaría facilitando el hecho punible mediante la figura de la omisión impropia.

- En ese sentido, el primer titular del deber de garante es el empresario (hablando de la empresa), dado que es el titular del negocio y quien, en los casos de empresas pequeñas o familiares, lleva las riendas del mismo.
- No obstante lo anotado, en grandes corporaciones, en aquellas personas jurídicas que no revistan la forma de empresas o, esencialmente, en las organizaciones en donde existe división del trabajo, principio de confianza y deber de vigilancia, las responsabilidades omisivas también recaerán en terceros que no tienen identidad con el titular del negocio. Ello dado la necesaria diferencia entre propiedad y gestión.
- Siendo ello así, ingresan a este ámbito las otras figuras componentes de la estructura organizativa de la persona jurídica que verán - según lo detallado en el cuerpo de este trabajo - incrementada su responsabilidad básicamente por omisión. Así, ingresarán órganos como los del administrador, los accionistas, el directorio, la gerencia, los auditores externos e incluso los asesores legales bajo los parámetros también explicado con mayor detalle en las páginas precedentes.

BIBLIOGRAFÍA

AFTALION, Enrique. Acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Revista La Ley. No 37.

AMERICAN LAW INSTITUTE. Principios de Gobierno Corporativo : Análisis y Recomendaciones. 1994.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal. Parte General. Lima. ARA Editores. 2004.

BAIGÚN, David. La responsabilidad penal de las personas jurídicas (ensayo de un nuevo modelo teórico). Buenos Aires. Ediciones Depalma. 2000.

BATISTA GONZALES, María Paz. La responsabilidad penal de los órganos de la empresa, en BACIGALUPO, Enrique (Director). Curso de Derecho Penal Económico. Barcelona. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A. 1998.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Miguel. Lecciones de la Parte General y el Código Penal. Lima. Editorial San Marcos. 3º Edición. 2005.

CAIPO RICCI, Oscar. “El Buen Gobierno Corporativo...¿para qué?. Ponencia en la Conferencia denominada “ *El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios el 26 de mayo de 2005.

CARO CORIA, Carlos. “*Sociedades de riesgo*” y bienes jurídicos colectivos. En : Themis No 37.

CERVINI, Raúl y ADRIAZOLA, Gabriel. El Derecho Penal de la empresa desde una visión garantista. Buenos Aires. Julio Cesar Faira – Editor. 2005.

CHICHIZOLA, Mario. La responsabilidad penal de las personas de existencia ideal. En : Revista La Ley. No 109.

Código Andino de Gobierno Corporativo.

Código elaborado por la Comisión Especial para el estudio de un Código Ético de los Consejos de Administración de las Sociedades – Código Olivencia.

Conferencia “ *El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios el 26 de mayo de 2005.

COMISIÓN NACIONAL SUPERVISORA DE EMPRESAS Y VALORES (CONASEV), MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS (MEF), SUPERINTENDENCIA DE BANCA Y SEGUROS (SBS), BOLSA DE VALORES DE LIMA (BVL), ASOCIACIÓN DE BANCOS (ASBANC), CONFEDERACIÓN NACIONAL DE INSTITUCIONES EMPRESARIALES PRIVADAS (CONFIEP), ASOCIACIÓN DE EMPRESAS PROMOTORAS DEL MERCADO DE CAPITALES (PROCAPITALES) Y EL CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADOS DE CAPITALES Y FINANCIERO (MC & F). Principios de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas, documento elaborado en el mes de julio de 2002 por el Comité

CONSEJO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO DEL CENTRO DE ESTUDIOS DE MERCADO DE CAPITALES Y FINANCIERO. Perú : Código de Buen Gobierno Corporativo para empresas emisoras de valores – proyecto para discusión y comentarios.

CUBERT, Jaume. La criminalización de la economía y la política (en línea). www.iigov.org Gobernanza y seguridad sostenible.

DWORKIN, Ronald. Los Derechos en serio. Barcelona. Editorial Ariel S.A. 2º Edición.

ELIAS LAROSA, Enrique. Derecho Societario peruano. Trujillo. Editora normas legales.

FEIJOO SANCHEZ, Bernardo. Sobre el fundamento de las sanciones penales para personas jurídicas y empresas en el Derecho Penal español y el Derecho Penal peruano, en GARCÍA VAERO, Percy. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima. Ara Editores. 2002.

FERNANDEZ DE ARAOZ, Alejandro. “Entorno a la mejora de los mecanismos de gobierno corporativo de la sociedad cotizada : Reflexiones sobre el papel de los controles externos y el reforzamiento de los mismos”. Trabajo redactado para el segundo seminario de derecho de los negocios entre las Universidad de Harvard y la Universidad Complutense.

FERNANDEZ DE LA GANDARA, Luis. El Debate actual sobre el Gobierno Corporativo : Aspectos metodológicos y de contenido, en VELASCO, Gaudencio Esteban. El gobierno de las sociedades cotizadas. Madrid.1999.

GARCÍA CAVERO, Percy. Fraude en la administración de personas jurídicas. Lima. Editorial Palestra. 2005.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. Estudios sobre el delito de omisión. México D.F. Instituto de Ciencias Penales. 2003.

GOMEZ – JARA DIEZ, Carlos. Coporate criminal liability : algunas cuestiones sobre la responsabilidad penal corporativa en los EEUU, en GARCÍA CAVERO, Percy (Coordinador). La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes. Lima. Ara Editores. 2002.

GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos. Autoorganización empresarial y Autoresponsabilidad empresarial – Hacia una verdadera responsabilidad penal de las personas jurídicas (en línea). Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. <http://criminet.ugr.es/recpc>

GONZALES VILLANUEVA, Luis. “El Buen Gobierno Corporativo”. Ponencia presentada en la Conferencia denominada “ *El Buen Gobierno Corporativo*” organizada por la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima y realizada en el auditorio de misma casa de estudios el 26 de mayo de 2005.

HEADRICK, William Cecil. Rasgos distintivos de la corporation en comparación con la sociedad anónima (en línea). www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/boletin/cont/2/art2.pdf

HERRERA VELARDE, Eduardo. Los delitos contables en el Perú y las falencias de su actual regulación. En : Actualidad Jurídica – Revista Gaceta Jurídica No 117. Agosto 2003.

HERRERA VELARDE, Eduardo. Los delitos sin víctimas : Despenalizando el Derecho Penal. En : Advocatus. No 11. 2004.

HURTADO POZO, José. Manual de Derecho Penal. Parte General. Lima. Editora Jurídica Grijley.

Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados financieros y en las sociedades cotizadas (Informe Aldama).

Informe Cadbury

Informe del Comité para el Buen Gobierno Corporativo (Informe Hampel).

Informe de la Comisión Europea para la reforma y modernización del Derecho Societario en Europa (Informe Winter).

LONCHARICH LOZANO, Ivanna Fabiola. Gobierno corporativo : en beneficio de todos (en línea). www.mcf.peru.org/bgc.

MEINI MENDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lima. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.

MERKEL, Adolf. Derecho Penal – Parte General. Buenos Aires. Julio Cesar Faira – Editor. 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco. Derecho Penal – Parte Especial. Valencia. Tirant lo blanch. 3º Edición. 1999.

NIETO MARTIN, Adán. El programa político criminal del corporate government (Derecho penal de la empresa y gobierno corporativo). Revista de Derecho y Procesal Penal. Aranzadi.

NIETO MARTIN, Adán y FOFFANI, Luigi. Corporate Governance y administración desleal – Casos y problemas de derecho comparado. Revista penal. No 17. 2006. La Ley.

NUÑEZ CASTAÑO, Elena. Responsabilidad penal en la empresa. Valencia. Tirant lo blanch. 2000.

OLCESE SANTONJA, Aldo. Teoría y práctica del Buen Gobierno Corporativo. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

PAZ – ARES, Candido. “Deberes fiduciarios y responsabilidad de los administradores”. Ponencia presentada en el marco del tercer encuentro de la mesa de trabajo de Gobierno Corporativo para la Latinoamérica bajo el auspicio de la OCDE y el Banco Mundial. México, 08 al 10 abril de 2002.

PRADEL, Jean. La responsabilidad de la persona jurídica, en HURTADO POZO, José. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas : una perspectiva comparada. Valencia. Tirant lo blanch. 2001

POSNER, Richard. El análisis económico del derecho. México D.F. Fondo de cultura económica. 1998.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA. Diccionario de la Lengua Española. Volumen 3. Editorial ESPASA. 22º Edición.

ROBLES PLANAS, Ricardo. “Las conductas neutrales en el ámbito de los delitos fraudulentos. Espacios de riesgo permitido en la intervención en el delito”, en SILVA SANCHEZ, Jesús María. ¿ Libertad económica o fraudes punibles ?. Madrid. Marcial Pons. 2003

RODRIGUEZ RAMOS, L. ¡ Societas delinquere non potest !. Nuevos aspectos dogmáticos y procesales de la cuestión. Revista La Ley. Año XVII. No 4136.

ROXIN, Claus. Acerca del fundamento penal de la participación. En : Dogmática penal y política criminal. Lima. IDEMSA. 1998.

SALAS SANCHEZ, Julio. “Síntesis interpretativa de los Principios de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas”. Ponencia presentada en el Seminario denominado Los Principios de Buen Gobierno Corporativo y su aplicación en el Perú organizado por el Consejo de Buen Gobierno Corporativo del Centro de Estudios de Mercado de Capitales y Financiero. Lima, 05 de febrero de 2003.

SALAS SANCHEZ, Julio. El gobierno corporativo y las funciones del Directorio y de la Gerencia en la Ley General de sociedades (en línea). www.mcfperu.org

SCHÜNEMANN, Bern. Cuestiones básicas de dogmática jurídico – penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. 1998.

SOLER, Sebastián. Derecho penal argentino. Buenos Aires. Editorial Tea. Tomo I. 1970.

SILVA SANCHEZ, Jesús María. Estudios sobre los delitos de omisión. Lima. Editora Jurídica Grijley. 2º Edición. 2006.

TERRADILLOS BASOCO, Juan. Empresa y Derecho Penal. Buenos Aires. Villela Editores.

TORRES y TORRES LARA, Carlos. Derecho de la empresa – Teoría de la empresa y materiales de trabajo. Lima. Revista Peruana de Derecho de la Empresa. 1987.

White paper sobre Gobierno Corporativo en América Latina.

ZAFFARONI, Raúl. El crimen organizado : una categoría frustrada. Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología. Edición en Homenaje a Ricardo Nuñez. Nueva Serie No 01.

ZAFFARONI, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Buenos Aires. EDIAR.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Navarra. Editorial Aranzadi S.A. 2003.

INDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	1
HIPÓTESIS DE TRABAJO	3
CAPÍTULO I : BUEN GOBIERNO CORPORATIVO	
• Introducción al capítulo	5
• Conceptos preliminares	5
• Fundamentos del buen gobierno corporativo	7
• Ámbito de aplicación	12
• Características	17
• Críticas	25
• Ideas fundamentales de buen gobierno corporativo	29
CAPÍTULO II : BUEN GOBIERNO CORPORATIVO Y DERECHO PENAL	
• Introducción al capítulo	45
• La persona jurídica como objeto de estudio del Derecho Penal	45
• ¿ Hacia una nueva forma de responsabilidad penal de la persona jurídica ?	56
• Las vinculaciones entre buen gobierno corporativo y Derecho Penal	64

CAPÍTULO III : EL INCREMENTO DE LA RESPONSABILIDAD OMISIVA COMO CRITERIO DE IMPUTACIÓN PENAL DE CARA AL CONCEPTO DE BUEN GOBIERNO CORPORATIVO

- Introducción al capítulo 68

Primera parte

- Conducta, acción y omisión 68
- La omisión y la omisión impropia 70
- Elementos a tener en cuenta en la omisión impropia 76

Segunda parte

- El rol del empresario como titular del deber de garante 85
- Los límites al deber de garante del empresario 92
- El deber de garante y las normas de buen gobierno corporativo 95
- Los grados de responsabilidad al interior de la empresa en el contexto de la vinculación con las normas de un buen gobierno corporativo 103

CONCLUSIONES GENERALES 130

BIBLIOGRAFÍA 133

ÍNDICE 138