

EL ROL DE LA AUTORREGULACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO

THE ROLE OF SELF-REGULATION IN DETERMINING THE CRIMINAL LIABILITY OF THE BUSINESSMAN

Sergio Rodríguez Salinas
Profesor contratado
Pontificia Universidad Católica del Perú

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 20 de octubre de 2020.

RESUMEN

La globalización de la economía ha traído numerosas consecuencias tanto en la forma de producción de bienes y servicios como en su regulación. Los nuevos actores económicos adquieren cada vez una mayor importancia en la regulación del mercado, cumpliendo funciones normativas de manera previa y, en otros supuestos, de forma paralela a la actividad de regulación del Estado. Este nuevo contexto económico y normativo debe ser aprehendido por el derecho penal si se desea mantener vigente la función de protección de bienes jurídicos. Para ello se deberá tomar en cuenta la forma cómo se disciplina la participación de las personas en sociedad y el principio de realización de un comportamiento de riesgo relevante por parte de quien es competente por evitarlo como fundamento de la atribución de responsabilidad penal.

ABSTRACT

The globalization of economy had brought a large number of consequences both in the production of goods and services and in its regulation. The new economic actors are becoming increasingly important in market regulation, fulfilling a regulatory role prior to and parallel with state regulation. This new economic and legal context must be taken into consideration by criminal law in order to maintain the existing function of protection of legal goods. To do so it must be considered how social relationships are regulated and the principle of risk creation by whom is responsible for its prevention, which is the base of criminal liability.

PALABRAS CLAVE

Pluralismo jurídico, principio de legalidad, autorregulación, modelo de prevención de riesgos, posición de garante.

KEYWORDS

Legal pluralism, principle of legality, self-regulation, compliance programs, role of guarantor.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. 2. EL ROL DE LOS SUJETOS PRIVADOS EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA. 3. LA AUTORREGULACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA. 4. AUTORREGULACIÓN Y RIESGO PENALMENTE PROHIBIDO. 4.1. Criterios de determinación del riesgo típico. 4.2. Autorregulación como norma de cuidado. 4.3. Los modelos de prevención de riesgos como autorregulación 5. CONCLUSIÓN. 6. BIBLIOGRAFÍA.

SUMMARY

1. INTRODUCTION. 2. THE ROLE OF PRIVATE PARTIES IN GLOBALIZED SOCIETY. 3. SELF-REGULATION AS STARTING POINT. 4. SELF-REGULATION AND CRIMINAL RISK. 4.1. Criteria for establish the criminal risk. 4.2. Self-regulation as standards of care. 4.3. Compliance programs as self-regulation. 5. CONCLUSION. 6. BIBLIOGRAPHY.

1. INTRODUCCIÓN.

Existe consenso en afirmar que la sociedad actual es una sociedad globalizada de riesgo, en donde las interrelaciones entre los individuos se ven constantemente amenazadas por las consecuencias del mercado global para la vida y salud de las personas y sus repercusiones sociales, políticas y económicas (Beck, 1998, p. 30). Las condiciones en las que se da el intercambio de bienes y servicios y el constante desarrollo de la ciencia y la tecnología suponen un gran reto para la protección del bienestar de los ciudadanos como finalidad del Estado.

Uno de los principales retos que impone la sociedad globalizada al derecho penal como instrumento con el que cuenta el Estado para cumplir con este fin – y que se pretende abordar en el presente artículo – es hacer frente al reposicionamiento de los actores económicos a partir de su capacidad para dotarse a sí mismos de normas o pautas de comportamiento válidas. De cara a la efectiva protección de bienes jurídicos, esto significa tener en cuenta la forma cómo se distribuyen los riesgos en el nuevo contexto económico y político de la globalización. Solo de esta manera se podrá

responder a la pregunta ¿a quién se debe asignar la responsabilidad por las consecuencias de la actividad económica y cómo hacerlo? Para ello no puede perderse de vista una idea rectora: la intervención penal debe ceñirse, siempre, a los principios básicos que guían la imputación de responsabilidad.

2. EL ROL DE LOS SUJETOS PRIVADOS EN LA SOCIEDAD GLOBALIZADA.

La globalización, en puridad, se caracteriza por los procesos económicos, políticos y sociales a través de los cuales los Estados se interrelacionan por medio de actores transnacionales (Beck, 2008, p. 34). Se trata de un proceso de integración más estrecho (Stiglitz, 2011, p. 45) caracterizado por «la cantidad y poder de los actores, instituciones y acuerdos transnacionales» (Beck, 2008, p. 38).

Así, la globalización supone no solo la transformación de la organización de la economía – a partir del surgimiento de un mercado global que supera al mercado nacional como eje o unidad de la economía mundial – sino también la transformación del sistema político y de las relaciones entre los sujetos que intervienen en el tráfico de bienes y servicios (Kobrin, 2002, p. 46). En esa línea, se puede apreciar la existencia de una «sociedad mundial sin Estado mundial y sin gobierno mundial» (Beck, 2008, p. 38) – producto de las limitaciones propias del principio de territorialidad y de la necesidad de muchos Estados de insertarse en este mercado. A pesar de la necesidad de una regulación global – entendida esta como la creación de un orden o estado de cosas que dote de predictibilidad a los comportamientos de los actores (Shearing, 1993, p. 73), no existe un único sujeto global que encauce los intereses de este mercado – y los riesgos que pueden desprenderse de estos – y que actúe en el mismo marco geográfico en el que lo hace este nuevo esquema productivo (Beck, 1998, p. 54; Mayer & Gereffi, 2010, p. 1).

Dado que el funcionamiento de la economía no puede detenerse ante la ausencia de sujetos públicos con la capacidad de regularla eficazmente, es lógico que las necesidades de este sector sean atendidas por los propios actores económicos (Büthe, 2010, p. 9): sujetos individuales o colectivos que intervienen en las nuevas cadenas de producción global ya sea de manera directa – las propias empresas – o de manera indirecta, como los grandes bancos y fondos de inversión, organizaciones no gubernamentales (ONG), asociaciones de expertos independientes como la Organización Internacional de Normalización (ISO) o la Comisión Eléctrica Internacional (IEC). Si bien esta asunción de competencias por parte de los sujetos privados no es propia del fenómeno de la globalización – la regulación estatal surgió solo a partir del siglo XIX con los mercados europeos que emergieron producto de la industrialización (Lipschutz & Rowe, 2005, p. 32) – lo que caracteriza a este fenómeno de autorregulación en la sociedad globalizada es el poder que asumen los sujetos privados a través de esta actividad.

Con ello se pone de manifiesto que el Estado no es la única fuente de poder y autoridad, dado que este se encuentra fragmentado entre diferentes esferas sociales (Black, 2001, p. 108), dentro de las cuales los individuos ordenan sus relaciones en función a estructuras de gobierno, reglas y principios (Wolfe, 2001, p. 273). En consecuencia, debe aceptarse la existencia de un pluralismo tanto político como jurídico (Zagrebelsky, 1995, p. 11), esto es, la existencia de centros de poder y

autoridad en función a las distintas relaciones entre los sujetos para el cumplimiento de sus fines (Wolfe, 2001, p. 267) y, por lo tanto, sistemas u órdenes normativos producto de estas relaciones que subyacen al sistema legal estatal (Grabosky, 2013, p. 115).

Ahora bien, la presencia de diferentes fuerzas o poderes políticos requiere de un sistema o estructura que permita canalizar las relaciones entre todos los actores, de manera que se pueda ejercer la dirección de la comunidad en su conjunto (Loewenstein, 1976, p. 30). La soberanía de los distintos sujetos, en tanto expresión de su voluntad e intereses, tiene que ordenarse o subordinarse a un interés superior (Battaglia, 1966, pp. 150-151), que se encuentra expresado en la Constitución como norma fundamental que proclama los valores y procedimientos que permiten tanto el libre desarrollo de la sociedad como la dirección del entramado social (Zagrebelsky, 1995, pp. 14-15). Es en el texto fundamental en donde reside el auténtico concepto de soberanía del Estado Constitucional.

En consecuencia, el Estado deberá enfocarse en asegurar que los medios y fines del mercado económico sean coherentes con los principios del sistema constitucional (Black, 2001, p. 126; Cohen, 2012, p. 29; Lipschutz & Rowe, 2005, p. 51), esto es, que se asegure «la actuación en campos de valores, normas y uso de un lenguaje dirigido a entenderse» (Habermas, 2006, p. 55), de manera que la capacidad normativa de los actores económicos no implique la privatización de intereses comunes a toda la comunidad (Crelinsten, 2001, p. 120). Para ello se deberán prever, además, los mecanismos idóneos para asegurar su cumplimiento.

Ello significa, en primer lugar, erigir un modelo de Estado donde la actuación de los sujetos privados se encuentra subordinada y limitada por los derechos fundamentales asegurados por la Constitución y por el sistema internacional de derechos humanos, de la misma manera que se encuentra limitado el poder estatal.

En segundo lugar, el Estado que se enfrenta al mercado global es uno que incorpora la justicia social como principio y elemento esencial (Häberle, 2001, p. 225), por lo que se hace necesario que el Estado asuma un rol programador y limitante de la autonomía privada (De Vega García, 1988, p. 824). Con ello, pierde vigencia la regla según la cual todo aquello que no se encuentra prohibido expresamente se permite (Zagrebelsky, 1995, p. 36).

Finalmente, el Estado Constitucional – como Estado social de Derecho – incorpora el principio democrático como principio de organización de sus fines e instituciones (Häberle, 2001, p. 193). Esto significa asegurar el principio democrático en las relaciones entre privados que tengan un alcance sobre lo público, cuando el poder de estas nuevas autoridades repercute sobre aquellos intereses que son el núcleo del orden constitucional – los derechos fundamentales.

3. LA AUTORREGULACIÓN COMO PUNTO DE PARTIDA.

A partir de las ideas esbozadas previamente se puede concluir que la regulación supone una actividad que se da con independencia del aparato estatal por ser consustancial a la sociedad, dado que «todo subsistema social [...] al igual que toda organización [...] se autorregula de algún modo, aunque sea mínimamente» (Darnaculleta i Gardella, 2005, p. 279). Es innegable que la sociedad, para su

funcionamiento, requiere del establecimiento de ciertas pautas de conducta, y que estas existen de manera anterior al Estado – dado que la sociedad es anterior a este – y, en numerosos casos, no son objeto de atención por el mismo.

En consecuencia, se debe descartar que exista una contraposición entre regulación – pública – y autorregulación. La esencia de la actividad de regulación reside en establecer y asegurar un estado valioso, un orden de las cosas en el que los sujetos pueden confiar (Shearing, 1993, p. 76). Por ende, la regulación no es inherente al Estado; por el contrario, se da como consecuencia necesaria de las relaciones sociales, es siempre una forma de orden social. Empero, ello no supone la desaparición total de aquel, sino tan solo su transformación a efectos de instrumentalizar estos ordenamientos sociales para someterlos al interés público (Arroyo Jiménez, 2015, p. 32).

La autorregulación supone, entonces, la primera y más genuina forma de ordenar y limitar los comportamientos en sociedad, llevada a cabo por los propios sujetos que intervienen en las relaciones sociales (Lipschutz & Rowe, 2005, p. 31; Maroto Calatayud, 2015, p. 93). Así entendida, la autorregulación no requiere de una habilitación o legitimación expresa por parte de la autoridad estatal. En palabras de Esteve Pardo, «la autorregulación no necesita de esa habilitación desde arriba, sino que se debe a un impulso ascendente, desde abajo» (2015, p. 49).

En el ámbito de las relaciones económicas, la autorregulación está representada por las reglas o estándares de conducta elaborados por los propios agentes económicos o industrias de manera unilateral (Black, 2001, p. 117), esto es, sin intervención del Estado. Se trata así del control que ejercen las autoridades privadas sobre aquellos actores que forman parte de su grupo económico o se encuentran dentro de su ámbito de influencia (Baldwin et al., 2012, p. 137). Con ello, no se trata de otra cosa que de la capacidad que tienen las personas de organizar y dirigir el ejercicio de su actividad empresarial, de atender a los problemas y controversias que identifican durante el funcionamiento del mercado (Esteve Pardo, 2015, p. 49).

Como se ha señalado, este escenario no significa la desaparición de los Estados o de la actividad de regulación estatal. No es posible que el Estado asegure la consecución de fines sociales – que constituye su esencia – sin tomar parte o hacerse responsable en algún grado de esta actividad regulatoria (Baldwin et al., 2012, p. 141). Como señala Ariño Ortiz, «no puede haber una actividad privada de carácter económico que se desarrolle con estabilidad y seguridad sin esa regulación y, en la medida necesaria, intervención puntual de las Administraciones Públicas» (1995, p. 35). Por lo tanto, es necesario orientar el funcionamiento de la autorregulación – y con ella, del mercado (Black, 2001, p. 126; Lipschutz & Rowe, 2005, p. 120) – a efectos de asegurar que se cumplan los fines y presupuestos propios del Estado Constitucional (Arroyo Jiménez, 2015, p. 38). Solo cuando el Estado haya establecido un marco regulatorio mínimo podrá desplegar sus efectos la autorregulación, que deberá funcionar dentro de este y sujetarse a estos lineamientos (Silva Sánchez, 2016, p. 73).

Ahora bien, contra esta postura se ha sostenido que en la autorregulación no podrían apreciarse los elementos indispensables para sostener su legitimidad (Silva Sánchez, 2016, p. 82). Ello tiene que ver con la posibilidad de privilegiar el interés o posición económica sobre el bien común, y el establecimiento de clubes o grupos que

podrían privatizar los beneficios de la regulación (Lipschutz & Rowe, 2005, p. 75), con la consecuencia de convertir un bien público en un bien privado y exclusivo y encomendar «las ovejas al lobo» (Schünemann, 1994, p. 319). Aunado a ello, la autorregulación adolecería en muchos casos de la falta de mecanismos de rendición de cuentas, lo que afectaría tanto a los sujetos regulados como a los terceros sobre los que puede tener algún efecto directo o indirecto (Grabosky, 2013, p. 120; Silva Sánchez, 2016, p. 62). Además, en algunos casos puede apreciarse la ausencia de mecanismos de democracia y representación de todos los involucrados (Baldwin et al., 2012, p. 27).

Si bien no es posible prescindir de la autorregulación, pues se trata de la base de la libertad económica, tampoco puede prescindirse de la actividad del Estado, puesto que es exigencia del orden constitucional que este asuma la responsabilidad sobre la actividad regulatoria (Black, 2001, p. 129). En ese sentido, no puede prescindirse de una actividad estatal que tenga como finalidad regular la autorregulación (Black, 2001, p. 128), a través de la cual el Estado «configura las estructuras y establece los procesos a través de los cuales ésta debe desarrollarse, con la pretensión de que, a través de esta, puedan llegar a satisfacerse concretos fines o intereses públicos» (Arroyo Jiménez, 2015, p. 32).

El Estado del modelo constitucional se encuentra siempre presente y vela por el correcto funcionamiento del mercado en consonancia con los fines sociales; por lo tanto, no puede existir actividad privada legítima separada por completo del marco constitucional, esto es, la autorregulación siempre estará regulada. La autorregulación se concibe aquí como una autonomía constitucionalizada, como un fenómeno social cuyo ejercicio debe darse dentro del contexto de los valores constitucionalizados, los cuales son implementados indirectamente (Black, 1996, p. 51), esto es, a través del influjo de la Constitución como norma jurídica suprema.

En suma, amparar la necesidad de auto organización o autorregulación del sector privado no significa aceptar de manera automática cualquier regla o norma que emane de este, sino solo aquellas que sean coherentes con el sistema político y jurídico en el que se insertan (Torre, 2013, p. 79), aquellas que cumplan unos requisitos mínimos de validez que permitan su compatibilidad con los fines que el Estado persigue (Torre, 2013, p. 65): respeto al principio de participación democrática, acorde a valoraciones objetivas y, principalmente, al principio de legalidad – y con este, al contenido esencial de los derechos fundamentales (Torre, 2013, p. 77).

El correlato de esta integración será el reconocimiento de los efectos o productos de la autorregulación de parte de los poderes públicos (Black, 1996, p. 53; Esteve Pardo, 2015, p. 51). En esa línea, como parte del diseño de la estrategia regulatoria estatal, se deberá establecer no solo cuánta autonomía se permitirá a los particulares, sino también de qué manera reaccionará el Estado ante su incumplimiento, teniendo como línea guía el principio de proporcionalidad.

4. AUTORREGULACIÓN Y RIESGO PENALMENTE PROHIBIDO.

4.1. Criterios de determinación del riesgo típico.

El derecho penal basa sus criterios de atribución de responsabilidad en dos principios fundamentales: la auto organización y la creación de riesgos, que no son

más que dos caras de una misma moneda. Por el primero de ellos, el Estado decide dotar de libertad a los ciudadanos a fin de que organicen sus comportamientos de acuerdo con sus intereses. El rol del Estado es asegurar el mayor nivel de libertad posible a las personas, en consonancia con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el natural y obligatorio correlato de esta libertad es el deber de no incidir en la esfera de libertad de terceros, esto es, no crear riesgos para la libertad – igualmente asegurada – de los demás integrantes de la sociedad (Mill, 2001, p. 68).

En consecuencia, para limitar la libertad personal debe partirse de la existencia de un menoscabo para libertades de terceros (Meini Méndez, 2014, p. 26), esto es, sobre bienes jurídicos o intereses valiosos para el desarrollo de las personas en sociedad. Por ello, a través de la norma penal el Estado trasmite el siguiente mensaje: todos, en sociedad, son responsables de organizar sus esferas de libertad de manera que no pongan en riesgo relevante o lesionen bienes jurídicos. Así, se erige un sistema de responsabilidad basado sobre la existencia de «deberes de contribuir al mantenimiento del grupo que existe a través del orden» (Jakobs, 2000, pp. 40-41). Con ello, la premisa para la atribución de responsabilidad penal será, necesariamente, «la vinculación de la conducta con un (determinado) peligro desaprobado o peligrosidad» (Frisch, 2014, p. 49).

Ahora bien, en el contexto de la sociedad de riesgo y de la llamada irresponsabilidad organizada, lo relevante será determinar o construir los espacios de libertad/riesgo por los que son responsables cada una de las personas que se desarrollan en sociedad, de manera que estos asuman una posición de garantes, organizando y manejando los riesgos que pueden desencadenarse de su actividad.

Según el rol que cada persona desarrolle en sociedad, esta será responsable sobre los riesgos que puedan desencadenarse de dicha actividad, del ejercicio de su autonomía (Feijóo Sánchez, 2007a, p. 74). La identificación de estos depende del margen de libertad o actuación y de los bienes jurídicos que el legislador haya previsto tutelar. Así, puede afirmarse que todos los delitos presuponen la existencia de una posición de garante, entendida como la presencia de uno o más sujetos que son responsables por los cursos lesivos para bienes jurídicos que pueden desencadenarse y que, por lo tanto, responderán penalmente cuando el resultado de su conducta se corresponda con el sancionado por el tipo penal.

Para dotar de contenido a esta posición de garante es importante tener en cuenta que el derecho penal, dado el sentido comunicativo o de reproche que contiene la pena, solo reaccionará frente a aquellos comportamientos que supongan un mayor peligro para los intereses más valiosos del sistema social, que encarnen una «dañosidad social lo suficientemente grave» (Seher, 2012, p. 143). La intervención penal tiene como presupuesto una perturbación social de tal intensidad que no queda otra forma de solución del conflicto que recurrir a la amenaza de pena (Feijóo Sánchez, 2007b).

Ello permite entender y revalorizar el derecho penal como una herramienta de control social secundario y, al delito, como un injusto agravado (Amelung, 1991, p. 97). Este actúa como un mecanismo adicional, reforzado y formal de regulación del

comportamiento de los ciudadanos, estableciendo no solamente reglas o pautas de conducta, sino también sanciones por el incumplimiento de estas, bajo la premisa de la protección de bienes o intereses vitales frente a conductas humanas que los puedan poner en riesgo relevante.

Por lo tanto, cuando el derecho penal se integra en ese esquema, asume una base normativa social que será el punto de partida para su propio juicio de desvalor sobre el comportamiento (Silva Sánchez, 2003, p. 37). En consecuencia, no puede soslayarse la dependencia recíproca entre el derecho penal y el orden social (Jakobs, 1996, p. 22).

Empero, ello no significa poner el *ius puniendi* al servicio de cualquier norma social, o hacerlo un instrumento de represión de conductas que se consideran disfuncionales para cualquier modelo de Estado. Estos valores solo serán legítimos dentro del Estado Constitucional en tanto sean coherentes y respetuosos de los principios y valores que son la base del sistema constitucional y que, por ser tales, le dan unidad y cohesión al sistema social (Feijóo Sánchez, 2007b; Tiedemann, 1991, p. 148).

En suma, serán las normas o expectativas sociales el primer punto de referencia para la determinación del riesgo típico o prohibido (Feijóo Sánchez, 2007a, p. 69). Para asegurar la vida en sociedad debe asegurarse el cumplimiento y vinculación de ciertas pautas de conducta, función que también cumple el derecho (Silva Sánchez, 2003, p. 25). Así, si «el Derecho termina de definir el esbozo de lo socialmente adecuado y lo perfila» (Jakobs, 1998, p. 122), entonces el referente para la valoración del riesgo penalmente prohibido estará en la configuración social de la conducta, que no es otra cosa que el conjunto de reglas que la sociedad establece para mantener la actividad dentro de un nivel que considera adecuado (Martínez Escamilla, 1992, p. 135).

La superación de este primer baremo ubicará la conducta dentro de un riesgo prohibido o desaprobado – socialmente – pero no dirá nada aun sobre la tipicidad de ese riesgo, esto es, si se trata de un riesgo desaprobado también por el derecho penal (Stratenwerth, 2005, p. 116), algo que deberá decidirse desde la comparación con los parámetros de ponderación que expresa la norma penal (Meini Méndez, 2014, p. 172), con el desvalor que contempla cada tipo penal (Gracia Martín, 2004, p. 154; Rueda Martín, 2015, p. 8).

Estos criterios de ponderación se encuentran expresados en la norma penal. No debe perderse de vista que la ley penal, como conjunto de símbolos lingüísticos, busca transmitir un mensaje: cuál es el interés que se protege y frente a qué tipo de ataques se le protege (Mir Puig, 2016, pp. 66-67). Por ello, puede afirmarse que, lo que en última instancia se pretende con el principio de legalidad, es que las personas puedan reconocer cuál es la política criminal, dónde se encuentra el baremo de desvalor jurídico penal y cuál es la consecuencia que acarrea superar dicho límite (Meini Méndez, 2018, p. 167); esto es, que se pueda transmitir cuál es la norma penal que subyace a la ley penal.

En consecuencia, los tipos penales no pretenden dar cuenta de la totalidad de comportamientos que pueden lesionar un determinado bien jurídico, sino solo expresar el sentido de la prohibición penal (Meini Méndez, 2014, p. 164). Por lo tanto, al momento de aplicar un tipo penal, la actividad interpretativa del juez jugará un rol esencial, pues deberá concretar en cada caso la política criminal trazada por el legislador, pero sin ir más allá de esta (Fiandaca, 2014b, p. 36). A partir de la redacción del tipo penal, el juez deberá desprender las particulares necesidades de protección del bien jurídico que justifican la imposición de una sanción, y analizar si la conducta imputada se corresponde con dicha necesidad y con el desvalor que se pretende comunicar a través de la ley penal (Fiandaca, 2014a, p. 68; Meini Méndez, 2018, p. 168).

4.2. Autorregulación como norma de cuidado.

Como se ha puesto de manifiesto, la sociedad es un entramado de relaciones, en donde confluye tanto lo público como lo privado. La sociedad plural y diversa que se ha descrito supone tener en cuenta que una sola actividad puede estar sujeta a diversas regulaciones que, siempre que se sometan a los mínimos del Estado Constitucional, serán igualmente válidas y permitirán configurar «las condiciones de validez para la creación del riesgo» (Frisch, 2015, p. 69).

En ese sentido, la aparente licitud o tolerancia de ciertos comportamientos o, dicho de otra manera, la sola observancia de las normas jurídicas – estatales – no elimina por sí sola un futuro reproche penal, ya que ello podría suponer «una carta en blanco para el menoscabo gratuito de bienes jurídicos, para la realización de lesiones evitables sin necesidad de renunciar a la actividad declarada de interés social» (Martínez Escamilla, 1992, p. 137).

En consecuencia, la inexistencia de regulación formal o institucionalizada – de origen público – no trae como consecuencia necesaria la permisividad del comportamiento – más aún si se tiene en cuenta que en el Estado Constitucional la regla según la cual todo lo que no está prohibido está permitido se diluye (Meini Méndez, 2014, p. 168). Así, deberá atenderse a las necesidades concretas de protección del bien jurídico, de acuerdo con la situación de riesgo, para determinar si «en el caso especial, se debe proceder con cuidado mayor que aquel exigido en las normas reguladoras generales» (Bockelmann & Volk, 2020, p. 318).

Es en este punto en el que se inserta la autorregulación. A partir de las ideas ya esbozadas es posible afirmar que cuando se habla de autorregulación se hace referencia a una forma más de control social (Nieto Martín, 2009, p. 134), de normas o conductas del quehacer profesional cotidiano que los sujetos que las adoptan entienden como adecuadas para su actividad (Darnaculleta i Gardella, 2005, p. 281).

Por lo tanto, se debe afirmar que la autorregulación – ya sea mediante estándares técnicos, códigos de conducta empresarial o mediante los planes de cumplimiento normativo – integrarán el baremo del riesgo permitido, colmando en su caso la laguna causada tanto por la ausencia de regulación estatal (García Caveró, 2014, p. 396) como por la insuficiencia de esta para cumplir su finalidad. Las pautas de conducta deben ser tratadas como un todo, con independencia de su origen, de manera que unas y otras complementan el ejercicio de la libertad de cada ciudadano

en sus específicos contactos sociales. En ese sentido, es necesario incorporar tanto las reglas generales de conducta como aquellas complementarias o suplementarias que, en su conjunto, impidan la realización de un riesgo socialmente desaprobado (Feijóo Sánchez, 2002, pp. 302-303; Lascuraín Sánchez, 2005, p. 82). La unidad del ordenamiento jurídico – donde coexisten regulaciones públicas y privadas – obliga a valorar los comportamientos a partir de riesgos que son tolerados o permitidos por cualquier estamento de control social (Roxin, 1999, p. 570; Schünemann, 2009, p. 272).

Si se enfoca de esta manera la forma cómo se configura socialmente una actividad, de manera que las pautas de comportamiento socialmente adecuadas vienen desde diferentes fuentes y se integran en el círculo de deberes del sujeto que emprende la actividad, se puede explicar que se afirme la responsabilidad penal en aquellos casos en los que aun después del cumplimiento de cierta regla de conducta subyace un riesgo residual típico, o cuando la actividad se realiza bajo otras pautas que permiten de igual manera mantenerla dentro del riesgo permitido (Frisch, 2004a, p. 108). En ambos casos, de lo que se trata es de que el sujeto – dentro de lo que le es exigible socialmente – ordene su conducta de manera tal que el riesgo – inevitable – que subyace no sea tal que frustre las expectativas de protección que expresa la norma penal.

En suma, la regulación de origen privado será una necesaria fuente de deberes que desplegará sus efectos en diferentes niveles. Ya sea que se trate de directrices o reglamentaciones internas – como los programas de cumplimiento normativo – o de estándares o normas técnicas, se tratan en suma de reglas pre jurídicas, normas de origen privado «para el ejercicio de determinadas actividades, teniendo en cuenta ciertos conocimientos empíricos y en vista de posibilidades y grados de exigibilidad usuales» (Frisch, 2004a, p. 117).

La conclusión a la que aquí se ha arribado se justifica a partir de tres argumentos adicionales. En primer lugar, debe tenerse en cuenta la necesidad político criminal de integrar en el ordenamiento jurídico los instrumentos de autorregulación (Cherney & Cherney, 2018, p. 22). La política criminal, como conjunto de lineamientos que guían la intervención del Estado de cara al aseguramiento de bienes jurídicos fundamentales, y, por ende, de cara a la prevención de los ataques contra estos, debe ser una política criminal integral, que contemple el recurso a todos los «instrumentos extrapenales, públicos o no, que apuntan a los mismos objetivos preventivo-tutelares» (Terradillos Basoco, 2003, p. 364).

Es necesario tener en cuenta que determinadas actividades de riesgo se realizan en un contexto de avances científicos cada vez más constantes, lo que imposibilita que el Estado pueda monopolizar todo ese conocimiento (Feijóo Sánchez, 2001, p. 309). Además, debe atenderse a la imposibilidad, por parte de las autoridades estatales, de adoptar una posición de permanente vigilancia de estos cambios para actualizar la normativa ya existente. Por lo tanto, a través de un juicio de ponderación – que se realiza, en primer lugar, como parte de la estrategia regulatoria que adopta el Estado – es conveniente desplazar la regulación de los espacios de riesgo de mayor complejidad técnica o científica hacia aquellos sujetos que se encuentran en la capacidad de responder ante estas necesidades (Braithwaite, 1982, p. 1469). De esta manera, se logra un mayor estándar de seguridad en determinadas actividades

caracterizadas por la alta complejidad y evolución del saber, y en donde puede ser necesario que la regulación privada sustituya a la jurídica con los mismos efectos que esta última (Jakobs, 1998, p. 126).

Ahora bien, la política criminal no debe verse en la encrucijada de decidir, para un mismo bien jurídico, entre mecanismos preventivos y represivos, en atención al fracaso o ineficacia del primero de ellos, sino por el contrario, la represión a través del derecho penal se legitima de manera autónoma a los mecanismos extrapenales (Wohlers, 2012, p. 124), a partir de la entidad del menoscabo a intereses que ocupan un papel fundamental en el sistema de valores del Estado Constitucional. El merecimiento del reproche social que encarna la sanción penal no puede depender del resultado de otras estrategias regulatorias, sino únicamente del valor de los bienes jurídicos que se quieren proteger y la entidad lesiva de la conducta que se prohíbe, lo que justificará la intervención del derecho penal para reforzar la autorregulación como mecanismo preventivo.

Aunado a ello, en una sociedad de mercados globales y, por ende, de riesgos globales, en donde el ámbito de actuación de la actividad empresarial puede trascender las fronteras de un solo Estado o, en su caso, puede limitarse a un solo Estado, pero hacer frente a riesgos globalizados, la integración de la autorregulación en la determinación del riesgo prohibido permitirá responder también, de manera global, a dichos riesgos (Kuhlen, 2013, p. 66; Nieto Martín, 2013b, p. 23). Así, se valorará la forma cómo el empresario establece sus estándares de manera global. Con ello se evita que estas se refugien en las menores medidas de protección estatal que rigen en un determinado territorio (Braithwaite, 1982, p. 1480).

En segundo lugar, cuando el Estado opta por cierto nivel de regulación, la necesidad de hacer viable la norma jurídica a lo largo del tiempo y para la generalidad a la que va dirigida obliga al legislador a recurrir a pautas de conducta amplias o genéricas. Es ahí donde la autorregulación cobra vital importancia, ya que permitirá concretar en el marco de cada ámbito de riesgo – empresa – estos principios y reglas (Nieto Martín, 2009, p. 135; Sieber, 2013, p. 90; Tiedemann, 2013, p. 36). Se tratan, en suma, de «reglas especializadas que permiten conocer la aptitud lesiva del comportamiento» (García Caveró, 2014, p. 175).

En tercer lugar, ya en el marco de la tipicidad subjetiva se afirma que la imprudencia se construye a partir de la infracción del deber de cuidado, para lo cual son relevantes las reglas que son fruto de la experiencia obtenida en ciertas actividades profesionales como el ámbito médico – la *lex artis* (Feijóo Sánchez, 2001, p. 316). Empero, si la creación desaprobada de riesgo es, como se ha señalado, elemento esencial del delito, estas reglas serán también relevantes para el delito doloso. El riesgo prohibido deberá determinarse, siempre, a partir de las normas que el ordenamiento prevé, precisamente, para velar por el interés del bien jurídico (Molina Fernández, 2001, p. 720; Pérez del Valle, 2012, p. 163), por lo que las llamadas normas de cuidado – que permiten el juicio de ponderación entre las libertades reconocidas por el ordenamiento y aquellos espacios de libertad que se pretenden proteger, esto es, la determinación de la creación del riesgo desaprobado – rigen para la tipicidad del delito doloso e imprudente (Burkhardt, 2004, p. 186; Frisch, 2004b, p. 236).

Con todo ello, se puede afirmar que, en la medida que los instrumentos de autorregulación – ya sean estos colectivos o individuales – son expresión de pautas de comportamiento aceptadas y válidas por los intervinientes en determinado espacio de la empresa o grupo de empresa, estos deberán ser considerados en la determinación del riesgo penalmente prohibido. Las normas privadas tienen el sentido de especificar o concretar principios generales y abstractos, estableciendo pautas de conducta especiales, propias de ese ámbito (Torre, 2013, p. 75), razón por la cual, valorativamente, expresarán si el comportamiento puede ser calificado como una conducta socialmente adecuada en un concreto sector del tráfico jurídico (Feijóo Sánchez, 2002, p. 202; Roxin, 1999, p. 1009).

Contra este paralelo de los productos de la autorregulación a la *lex artis* se ha argumentado que se estaría relajando en mayor medida el principio de legalidad (Silva Sánchez, 2016, p. 83). La concreción del riesgo permitido, por ser una cuestión valorativa, solo podría realizarse a través del Estado mediante la remisión directa por parte de los poderes estatales a estas normas privadas (Giunta, 2002, p. 851; Schünemann, 1994, p. 340; Stella, 1999, p. 389, 2003, p. 59). Un planteamiento como el que se propone aquí implicaría expropiar la labor del juez (Giunta, 2002, p. 852) y, principalmente, que el Estado pierda su soberanía en la determinación de los bienes jurídicos a proteger y los riesgos a enfrentar (Navarro Dolmestch, 2004, p. 159).

No obstante, como se ha señalado, a través de la concreción de la norma penal el juez no crea el desvalor de la conducta, sino únicamente lo precisa a partir de las necesidades de protección del bien jurídico que dependen de cada caso en concreto. Como ha puesto de manifiesto Montaner, la interpretación tradicional del principio de legalidad supondría imposibilitar que el derecho penal se adapte a los constantes cambios y dinámicas de diversos sectores económicos, por lo que sería necesario una revisión de dicho principio (2012, p. 313).

Aunado a ello, es necesario recordar que uno de los presupuestos esenciales de validez de la autorregulación – y, con ella, de su vigencia tanto para los privados como para el juez penal – es el respeto al principio de democracia, que en última instancia legitima las reglas emanadas del Estado y, por lo tanto, también de autoridades privadas (Arroyo Jiménez, 2015, p. 41; Torre, 2013, pp. 77-78).

Por otra parte, amparar la utilización de la autorregulación no implica un desplazamiento de la protección de bienes jurídicos en favor del interés o desarrollo de una técnica o industria (Schünemann, 1994, p. 339). El criterio fundamental para recurrir a la normativa extrajurídica será el análisis *ex ante* de la «idoneidad general para luchar contra determinados riesgos» (Martínez Escamilla, 1992, p. 281), para lo cual deberá preguntarse si la ponderación de riesgos sería aceptada por los creadores de las normas si estos ocuparan la posición de afectados por la conducta (Contreras Chaimovich, 2018, p. 410; Frisch, 2014, p. 25).

Por lo tanto, la autorregulación no supone un fenómeno distinto al de la *lex artis* (Nieto Martín, 2013b, p. 43), líneas guías o buenas prácticas en el ámbito de la responsabilidad médica. Estas, al igual que las primeras, constituyen un compendio del saber científico, tecnológico y metodológico propio de particulares ámbitos de actuación y sobre la base de las cuales los sujetos que actúan – médicos – esperan ver juzgados sus conductas y que, por lo tanto, deben ser integradas en el juicio de

reproche que realiza el juez a partir de un tipo penal específico (*Sentencia n° 28187, 2017, Sentencia n° 8770, 2018*).

Con todo ello, se debe reafirmar que a través de la autorregulación se producen normas legítimas que inciden sobre el deber de reducción de los riesgos propios de la actividad empresarial, por lo que su utilidad debe ser la misma que la de las normas jurídicas estatales en la determinación de una conducta cuidadosa o adecuada a derecho (Contreras Chaimovich, 2018, p. 418; Feijóo Sánchez, 2009, p. 118; Frisch, 2004a, p. 119).

4.3. Los modelos de prevención de riesgos como autorregulación.

Uno de los instrumentos de autorregulación que ha cobrado mayor importancia y presencia en el ámbito económico y, por ende, en el derecho (penal) es el cumplimiento normativo, entendido como el sistema de reglas y procedimientos orientado a que las empresas puedan cumplir con las obligaciones que el ordenamiento jurídico prevé (Kuhlen, 2013, p. 51). En definitiva, la esencia del cumplimiento normativo yace en la correcta organización de la actividad empresarial de manera que se eviten los riesgos que puedan desencadenarse de esta y, de ser imposible la eliminación de estos en su origen, el empresario esté en capacidad de reaccionar oportunamente.

Desde este punto de partida, el cumplimiento normativo se condice con los fundamentos de la responsabilidad penal que se han esbozado: auto organización y creación de riesgo. La prohibición penal de una conducta implica la obligación del garante de ejecutar todas las medidas tendientes a evitar resultados lesivos, lo que requiere a su vez de identificación de los riesgos inherentes a su esfera de libertad. Que en ciertos espacios la libertad que se le concede a los individuos sea mayor o se encuentre sujeta a mayores exigencias de prevención en nada cambia el hecho de que siempre existirá una obligación de organizarse adecuadamente. Por ende, no cabe más que afirmar que con «*compliance* y derecho penal» en modo alguno se trata de un fenómeno completamente novedoso» (Kuhlen, 2013, p. 70).

En el ordenamiento jurídico peruano existe un reconocimiento expreso a estas formas de autorregulación. Así, la Ley n.º 30424, al introducir el régimen de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, prevé también la posibilidad de adoptar un modelo de prevención de riesgos, cuya idoneidad y eficacia permite la exoneración de responsabilidad. Por su parte, la Ley n.º 29783 establece la obligatoriedad de contar con un sistema de gestión de riesgos laborales, que supone identificar y controlar y, en su caso, eliminar los riesgos para la seguridad del trabajo.

Ambos modelos de prevención de riesgos reconocen la pertinencia de un aparato normativo y procedimental acorde a cada empresa que le permita al garante cumplir con su deber de evitar los riesgos relevantes (Torre, 2016, p. 42). En ambos modelos es necesario precisar la estructura organizativa y funcional de cada nivel de la empresa, identificar los diferentes procesos productivos que se lleven a cabo y los procedimientos y prácticas que puedan generar un riesgo para bienes jurídicos, la modalidad en la que se realizará la acción preventiva y la política específica de prevención, además de contar con los recursos suficientes para su implementación.

En ambos sistemas se pone de manifiesto, además, la imposibilidad de la normativa estatal de precisar los riesgos (penalmente) relevantes para cada ámbito de competencia. El reglamento de la Ley n.º 29783 establece la obligatoriedad de evaluar los riesgos laborales teniendo en cuenta, además de la legislación estatal, «las guías nacionales, las directrices específicas, los programas voluntarios de seguridad y salud en el trabajo y otras disposiciones que haya adoptado la organización» (Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, 2012). Por su parte, en el marco de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica se prevé un modelo mínimo de prevención que será concretado por cada empresa recurriendo a la autorregulación, sin perjuicio de lo cual estas «pueden optar por cualquier instrumento internacional que guíe estas buenas prácticas» (Reglamento de la Ley que regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, 2019).

Esta breve descripción permite corroborar que el modelo de prevención de riesgos es expresión del fenómeno de autorregulación (Kuhlen, 2013, p. 67; Nieto Martín, 2013b, p. 23). A través de este, las empresas organizan y distribuyen los riesgos que deriven de sus actividades (Nieto Martín, 2013b, p. 29) a efectos de sujetar la actividad empresarial al ordenamiento jurídico (Rotsch, 2012, p. 2). Constituye, en suma, la confluencia de lo público y lo privado, del Estado y de la economía propia del pluralismo jurídico de la sociedad globalizada (Nieto Martín, 2013a, p. 11), ya sea que a través de este plan el empresario fije sus propias reglas, por ejemplo, a partir de la organización interna del trabajo, o que incorpore otras formas de autorregulación como las normas técnicas, como sucederá en el ámbito de la seguridad del trabajo.

No obstante, contra esta afirmación – mayoritaria en la doctrina – se ha señalado que los programas de cumplimiento únicamente orientan la organización de las empresas dentro de un ámbito público, esto es, dentro de unos límites determinados previamente por el Estado – el derecho penal (Coca Vila, 2013, p. 70). Por ende, a través de los programas de cumplimiento no se estaría configurando o creando ninguna regla jurídica, ya que para el Estado sería indiferente o irrelevante cómo las personas se auto organizan (Coca Vila, 2013, p. 70).

Ello, desde las reflexiones sobre la autorregulación que se han expresado, no puede ser de recibo. El derecho penal representa uno de los mecanismos que utiliza el Estado para orientar la actividad regulatoria de los sujetos – su capacidad de auto organización – precisamente por la naturaleza de los bienes en riesgo y la lesividad de las conductas que pueden desplegarse. Pero ello no significa negar que, dentro del espacio de libertad que se les confiere, los individuos puedan y, sobre todo, deban adoptar determinadas medidas para no superar el umbral establecido. Cómo deben hacerlo no es irrelevante para el Estado en aquellos contextos donde inciden factores que pueden incrementar el riesgo permitido como los constantes cambios tecnocientíficos o la existencia de estructuras organizacionales complejas. La norma penal es una norma de determinación en tanto obliga a los destinatarios tanto a actuar como a abstenerse de actuar a efectos de garantizar la indemnidad de los bienes jurídicos de terceros.

No puede perderse de vista que, como se ha señalado, la ley penal no desarrolla todos los comportamientos que pueden vulnerar el bien jurídico protegido. Es a partir de los diferentes mecanismos de prevención extrapenales, entre los que se

encuentra el programa de cumplimiento, que se puede lograr esta concreción. La lógica detrás de esta afirmación no es distinta a aquella que rige la responsabilidad penal en el llamado derecho penal nuclear. Toda posición de garante supone la organización de la propia esfera de libertad, y ello pasa por evaluar y delimitar todos los deberes que el ordenamiento jurídico-social ha establecido para enfrentar los riesgos propios de cierto rol, esto es, por tener un plan de prevención o de cumplimiento. En el marco de la actividad empresarial, la mayor libertad que se concede a los privados para determinar esos deberes y la mayor complejidad de las actividades que se pretenden regular hace imperativo contar con mayores garantías – por ejemplo, a través de la documentación del plan. Carecería de sentido imponer a la persona que obtiene un permiso para portar armas de fuego o al conductor de un vehículo automotor que cuenten con un plan de prevención, en un caso porque los riesgos son más acotados y, en el otro, porque el Estado ofrece ese plan a través de los reglamentos de tránsito.

Ahora bien, las características del modelo de prevención permiten corroborar que, además, se trata de una forma de autorregulación legítima. En primer lugar, al ser un modelo documentado permite a los responsables de la gestión del riesgo acceder a las reglas cautelares específicas que rigen en el ámbito de la empresa (Artaza Varela, 2013, p. 549), colmándose así la exigencia de seguridad jurídica.

En segundo lugar, se trata de un modelo democrático en tanto permite el acceso y participación de los trabajadores, ya sea como destinatarios o como beneficiarios de la norma penal (Sieber, 2013, p. 90). Además, su publicidad permite que la autoridad administrativa, en uso de sus facultades de inspección, pueda realizar las verificaciones que considere oportunas, lo que en definitiva dota de legitimidad al sistema de gestión de riesgos (Braithwaite, 1982, p. 1471; Nieto Martín, 2015a, p. 107) al representar un modelo tripartito de regulación donde se complementa la libertad de empresa con funciones de control o supervisión del Estado y de los terceros interesados (Nieto Martín, 2015a, p. 106).

Por lo tanto, a través del modelo de prevención de riesgos se complementa el tipo penal (Coca Vila, 2013, p. 70), se definen los comportamientos penalmente prohibidos por este y, por ende, la posición de garante del empresario como manifestación de la correcta organización de la propia esfera de libertad (Coca Vila, 2013, p. 71; Nieto Martín, 2015b, p. 259; Torre, 2013, pp. 389-390). Aquella autonomía y legitimidad que asumen en el mercado globalizado como autoridades privadas tiene como consecuencia la asunción también de una función de naturaleza pública: definir el marco de protección de bienes jurídicos protegidos (Torre, 2013, p. 379).

Ello significa que el plan de prevención será el punto de anclaje o referencia para la imputación penal, para la determinación de la conducta típica, al representar «la herramienta fundamental para la positivización de las medidas necesarias» (Coca Vila, 2013, p. 70). Al precisarse las conductas de riesgo relevante para bienes jurídicos, el juez deberá remitirse a las reglas específicas de cautela que se hayan determinado a través de la valoración de riesgos y que se encuentran finalmente plasmadas en el plan de prevención (Torre, 2016, p. 42).

Que ello es así se corrobora con un argumento adicional. Si se admite la existencia de una auténtica responsabilidad penal de la persona jurídica – como hace

cierto sector de la doctrina – entonces debe aceptarse que la exigente por la implementación de un adecuado modelo de cumplimiento responde al criterio que fundamenta la sanción penal: la creación de riesgo prohibido. Quien se comporta siguiendo una correcta organización de la esfera de riesgo no puede realizar un comportamiento penalmente prohibido.

En tanto el riesgo para bienes jurídicos se permite mientras se cumplan las pautas de conducta que contiene el modelo de prevención (Feijóo Sánchez, 2007a, p. 84), si estas se vulneran será posible apreciar una conducta típica – siempre y cuando ello encarne el riesgo típico previsto en la norma penal. Por ello, la adopción de un plan de prevención de riesgos no supone colaborar con el Estado en la prevención de delitos, pues subyace siempre la obligación de organizarse de acuerdo con el Derecho, utilizando el margen de libertad que es le confiere (Artaza Varela, 2013, p. 547). Por ende, en la imputación por el delito contra la seguridad del trabajo, previsto en el artículo 168-A del Código Penal, el reglamento de seguridad y salud en el trabajo servirá para la determinación del riesgo penalmente prohibido, aun cuando no exista una cláusula como la que prevé la Ley de Responsabilidad Administrativa de la Persona Jurídica.

Ahora bien, para que el programa de cumplimiento y, en general, para que toda norma fruto de la autorregulación sirva como criterio para el juez al momento de determinar si el empresario ha realizado una conducta típica, previamente este deberá realizar un análisis de la idoneidad del sistema de gestión, esto es, que se haya realizado de acuerdo con las pautas fijadas por el Estado – por ejemplo a través de la Ley n.º 30424 y su reglamento para delitos contra la administración pública, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, o de la de Ley n.º 29783 y su reglamento, cuando se trate del delito contra la seguridad del trabajo – de manera que se verifique que existe un modelo válido de diligencia y valoración de riesgos (Torre, 2013, p. 383). En esta labor se podrán tomar en cuenta los pronunciamientos de la autoridad administrativa, así como certificaciones externas, sin que ello sea determinante en este análisis previo. Asimismo, podrá recurrir a los planes de prevención de otras empresas del mismo sector o que formen parte del grupo de empresa (Artaza Varela, 2013, p. 569; Sieber, 2013, p. 90). Sin embargo, la decisión final siempre dependerá de la valoración que haga el juez en el proceso penal.

Aunado a ello, el plan de prevención servirá para determinar la imputación subjetiva. A partir de este documento podrá comprobarse si al garante se le exigía conocer el riesgo que suponía la no adopción de un medio determinado y si efectivamente conocía del mismo (Nieto Martín, 2015b, pp. 359-360; Sieber, 2013, p. 90; Torre, 2013, p. 402), o si existió una infracción al deber de cuidado interno que permita calificar la conducta como «típicamente desaprobada» (Burkhardt, 2004, p. 173).

No obstante, en caso de que el plan de prevención no refleje de manera correcta las exigencias del tipo penal, el juez podrá desvincularse de este y contrastarlo con otros estándares de conducta, a efectos de poder determinar cuál es la regla de cuidado aplicable al caso en concreto (Nieto Martín, 2015a, p. 108; Schünemann, 1994, p. 329). En ese sentido, Schünemann, respecto a las normas técnicas, señala que estas solo tendrían la capacidad de «documentar la práctica de buena fe», sin que estas

puedan suplantar la decisión del legislador de fijar los límites a las conductas de riesgo (1994, p. 328).

5. CONCLUSIÓN.

La globalización, como proceso de integración político y económico, trae consigo la revalorización de formas de regulación que dependen únicamente de los propios actores económicos, pero que son siempre formas de autorregulación regulada en tanto se someten a los principios del Estado Constitucional. Esto supone reconocer los instrumentos de autorregulación como expectativas válidas de conducta al interior de una determinada actividad o sector a las que el derecho penal debe recurrir para hallar el desvalor de la conducta. En esa línea, la autorregulación que lleva a cabo el empresario a través de diferentes mecanismos, entre ellos el modelo de prevención de riesgos, supone la concreción de su deber genérico de protección, al establecer cuáles son los riesgos que afectan a toda la empresa y cuáles son las medidas a adoptar. Por lo tanto, deben servir al juez para determinar la creación de un comportamiento de riesgo penalmente prohibido para bienes jurídicos.

Esta forma de entender la autorregulación empresarial no solo es coherente con el modelo de Estado y con los principios del derecho penal, sino también con la forma cómo este ha venido dando respuesta a la creación de riesgos prohibidos en otros sectores de la sociedad. En ese sentido, la forma cómo se atribuye responsabilidad al empresario responde a los mismos presupuestos que permiten atribuir responsabilidad al ciudadano cuando desempeña otros roles en sociedad. En todos los casos es necesario atender al reproche ético-social de la conducta, lo que no puede hacerse de espaldas a las pautas sociales válidas en el Estado Constitucional.

6. BIBLIOGRAFÍA.

- Amelung, K. (1991). Contribución a la crítica del sistema jurídico penal de orientación político-criminal de Roxin. En B. Schünemann (Ed.), *El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales. Estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario* (pp. 94-107). Tecnos.
- Ariño Ortíz, G. (1995). *Principios constitucionales de la libertad de empresa: Libertad de comercio e intervencionismo administrativo*. Marcial Pons, Instituto de Estudios del Libre Comercio.
- Arroyo Jiménez, L. (2015). Introducción a la autorregulación. En L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 27-42). Aranzadi.
- Artaza Varela, O. (2013). Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento: Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal. *Política Criminal*, 8(16), 544-573. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992013000200006>
- Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: Theory, strategy, and practice* (2.ª ed.). Oxford University Press.
- Battaglia, F. (1966). *Estudios de teoría del estado*. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia.
- Beck, U. (1998). *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Paidós.
- Beck, U. (2008). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós.

- Black, J. (1996). Constitutionalising Self-Regulation. *The Modern Law Review*, 59(1), 24-55. <https://doi.org/10.1111/j.1468-2230.1996.tb02064.x>
- Black, J. (2001). Decentring Regulation: Understanding the Role of Regulation and Self-Regulation in a «Post-Regulatory» World. *Current Legal Problems*, 54(1), 103-146. <https://doi.org/10.1093/clp/54.1.103>
- Bockelmann, P., & Volk, K. (2020). *Derecho Penal. Parte general*. Legales.
- Braithwaite, J. (1982). Enforced self-regulation: A new strategy for corporate crime control. *Michigan Law Review*, 80(7), 1466-1507.
- Burkhardt, B. (2004). Conducta típica y perspectiva ex ante. A la vez una aportación contra la «confusión entre lo subjetivo y lo objetivo». En J. Wolter & G. Freund (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal* (pp. 153-192). Marcial Pons.
- Büthe, T. (2010). Private Regulation in the Global Economy: A (P)Review. *Business and Politics*, 12(03), 1-38. <https://doi.org/10.2202/1469-3569.1328>
- Cherney, L., & Cherney, A. (2018). Regulation beyond the state. The role of non-state actors. En P. N. Grabosky, L. Y. C. Chang, & R. Brewer (Eds.), *Criminal justice and regulation revisited: Essays in honour of Peter Grabosky* (pp. 18-31). Routledge, Taylor & Francis Group.
- Coca Vila, I. (2013). ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? En J.-M. Silva Sánchez & R. Montaner Fernández (Eds.), *Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y reacciones corporativas* (pp. 43-76). Atelier.
- Cohen, J. L. (2012). *Globalization and sovereignty: Rethinking legality, legitimacy, and constitutionalism*. Cambridge University Press.
- Contreras Chaimovich, L. (2018). Reglas extrajurídicas y creaciones de riesgos toleradas o desaprobadas en los delitos culposos de homicidio y lesiones. *Política Criminal*, 13(25), 387-443. <https://doi.org/10.4067/S0718-33992018000100387>
- Crelinsten, R. D. (2001). Policy making in a multicentric world: The impact of globalization, privatization, and decentralization on democratic governance. En G. S. Smith & D. Wolfish (Eds.), *Who is afraid of the state? Canada in a world of multiple centres of power* (pp. 89-130). University of Toronto Press.
- Darnaculleta i Gardella, M. (2005). *Autorregulación y derecho público: La autorregulación regulada*. Marcial Pons.
- De Vega García, P. (1988). En torno a la legitimidad constitucional. En Instituto de Investigaciones Jurídicas (Ed.), *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas* (Vol. 1, pp. 803-825). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Esteve Pardo, J. (2015). El reto de la autorregulación o cómo aprovechar en el sistema jurídico lo que se gesta extramuros del mismo. Mito y realidad del caballo de Troya. En L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.^a ed., pp. 43-53). Aranzadi.
- Feijóo Sánchez, B. (2001). *Resultado lesivo e imprudencia: Estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del «fin de protección de la norma de cuidado»*. J.M. Bosch Editor.
- Feijóo Sánchez, B. (2002). *Imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley.
- Feijóo Sánchez, B. (2007a). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. Reus.

- Feijóo Sánchez, B. (2007b). *Normativización del derecho penal y realidad social*. Universidad Externado de Colombia.
- Feijóo Sánchez, B. (2009). Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual? En *Cuestiones actuales de derecho penal económico* (pp. 49-121). B de F.
- Fiandaca, G. (2014a). Hermenéutica y aplicación judicial del Derecho Penal. En *El Derecho Penal entre la ley y el juez* (pp. 61-92). Dykinson.
- Fiandaca, G. (2014b). La legalidad penal en los equilibrios del sistema político-constitucional. En *El Derecho Penal entre la ley y el juez* (pp. 29-46). Dykinson.
- Frisch, W. (2004a). *Comportamiento típico e imputación del resultado*. Marcial Pons.
- Frisch, W. (2004b). Delito y sistema del delito. En J. Wolter & G. Freund (Eds.), *El sistema integral del derecho penal: Delito, determinación de la pena y proceso penal* (pp. 193-280). Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.
- Frisch, W. (2014). La teoría de la imputación objetiva del resultado: Lo fascinante, lo acertado y lo problemático. En W. Frisch & R. Robles Planas, *Desvalorar e imputar: Sobre la imputación objetiva en derecho penal* (pp. 1-60). B de F.
- Frisch, W. (2015). *La imputación objetiva del resultado: Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (I. Coca Vila, Trad.). Atelier.
- García Caveró, P. (2014). *Derecho penal económico: Parte general*. Jurista Editores.
- Giunta, F. (2002). Ideologie punitive e tecniche di normazione nel diritto penale dell'ambiente. *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, XV(4), 845-863.
- Grabosky, P. (2013). Beyond Responsive Regulation: The expanding role of non-state actors in the regulatory process. *Regulation & Governance*, 7(1), 114-123. <https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2012.01147.x>
- Gracia Martín, L. (2004). La comisión por omisión en el derecho penal español. En *Estudios de derecho penal* (pp. 115-169). IDEMSA.
- Habermas, J. (2006). ¿Fundamentos prepolíticos del Estado democrático? En L. Rodríguez Duplá (Trad.), *Dialéctica de la secularización sobre la razón y la religión* (pp. 30-61). Encuentro. <http://site.ebrary.com/id/10732576>
- Häberle, P. (2001). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Ed. Civitas.
- Jakobs, G. (1998). *La imputación objetiva en Derecho penal* (M. Cancio Meliá, Trad.; 1. ed., 3. reimpr.). Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.
- Jakobs, G. (2000). Sobre la génesis de la obligación jurídica. En M. Cancio Meliá & G. Jakobs, *Conferencias sobre temas penales* (pp. 17-48). Rubinzal-Culzoni Editores.
- Kobrin, S. J. (2002). Economic governance in an electronically networked global economy. En R. B. Hall & T. J. Biersteker (Eds.), *The emergence of private authority in global governance* (pp. 43-75). Cambridge University Press.
- Kuhlen, L. (2013). Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & Í. Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 51-76). Marcial Pons.

- Lascuraín Sánchez, J. A. (2005). *Penar por omitir: Fundamento de los deberes de garantía*. Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Lipschutz, R. D., & Rowe, J. K. (2005). *Globalization, governmentality and global politics: Regulation for the rest of us?* Routledge.
- Loewenstein, K. (1976). *Teoría de la Constitución* (2.ª ed.). Ariel.
- Maroto Calatayud, M. (2015). Liberalismo vs. Neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes. En L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 73-95). Aranzadi.
- Martínez Escamilla, M. (1992). *La imputación objetiva del resultado*. Edersa.
- Mayer, F., & Gereffi, G. (2010). Regulation and Economic Globalization: Prospects and Limits of Private Governance. *Business and Politics*, 12(03), 1-25. <https://doi.org/10.2202/1469-3569.1325>
- Meini Méndez, I. (2014). *Lecciones de derecho penal parte general: Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Meini Méndez, I. (2018). Sobre la interpretación en Derecho Penal. En P. M. de la Cuesta Aguado, L. R. Ruiz Rodríguez, M. Acale Sánchez, E. Hava García, M. J. Rodríguez Mesa, G. Gonzáles Agudelo, J. M. Ríos Corbacho, & I. Meini Méndez (Eds.), *Liber amicorum: Estudios jurídicos en homenaje al Pr. Dr. Dr.h.c. Juan Ma. Terradillos Basoco* (pp. 157-170). Tirant lo Blanch.
- Mill, J. S. (2001). *Sobre la libertad*. Alianza.
- Mir Puig, S. (2016). *Derecho penal: Parte general* (10a edición, actualizada y revisada). Editorial Reppertor.
- Molina Fernández, F. (2001). *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. J.M. Bosch Editor.
- Montaner Fernández, R. (2012). La autorregulación normativa en el derecho penal ambiental: Problemas desde la perspectiva del principio de legalidad. En J. P. Montiel (Ed.), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?* (pp. 289-313). Marcial Pons.
- Navarro Dolmetsch, R. (2004). «Reconfiguración» del sistema de fuentes del Derecho Penal y «amenaza de crisis» del principio de legalidad: La incorporación del Derecho Internacional convencional y el fenómeno de la Globalización. En P. Faraldo Cabana, J. A. Brandariz García, & L. M. Puente Aba (Eds.), *Nuevos retos del derecho penal en la era de la globalización* (pp. 123-178). Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2009). Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: Sus influencias en el derecho penal de la empresa. En M. Bajo Fernández, S. Bacigalupo, & C. Gómez-Jara Díez, *Gobierno corporativo y derecho penal* (pp. 131-147). Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Nieto Martín, A. (2013a). Introducción. En L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 11-29). Tirant lo Blanch.
- Nieto Martín, A. (2013b). Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. En L. Kuhlen, J. P. Montiel, & Í. Ortiz de Urbina Gimeno (Eds.), *Compliance y teoría del derecho penal* (pp. 21-50). Marcial Pons.
- Nieto Martín, A. (2015a). Autorregulación, «compliance» y justicia restaurativa. En L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 99-134). Aranzadi.
- Nieto Martín, A. (2015b). El plan de prevención de riesgos laborales como programa de cumplimiento (a la vez una reflexión sobre la responsabilidad por imprudencia

- de las personas jurídicas). En L. Arroyo Jiménez & A. Nieto Martín, *Autorregulación y sanciones* (2.ª ed., pp. 341-367). Aranzadi.
- Pérez del Valle, C. (2012). *La imprudencia en el derecho penal: El tipo subjetivo del delito imprudente*. Atelier.
- Rotsch, T. (2012). Criminal compliance. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- Roxin, C. (1999). *Derecho penal: Parte general* (D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, & J. de Vicente Remesal, Trads.). Civitas.
- Rueda Martín, M. Á. (2015). Sobre la necesidad de exigir una posición de garante para atribuir una responsabilidad penal. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 1.
- Schünemann, B. (1994). Las reglas de la técnica en Derecho penal. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 47(3), 307-342.
- Schünemann, B. (2009). *Fundamentos y límites de los delitos de omisión impropia*. Marcial Pons.
- Seher, G. (2012). ¿Puede ser «subsidiario» el derecho penal? Aporías de un principio jurídico «indiscutido». En A. von Von Hirsch, K. Seelmann, W. Wohlers, & J.-M. Silva Sánchez (Eds.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 129-144). Atelier.
- Shearing, C. D. (1993). A constitutive conception of regulation. En P. N. Grabosky & J. Braithwaite (Eds.), *Business regulation and Australia's future* (pp. 67-79). Australian Institute of Criminology.
- Sieber, U. (2013). Programas de compliance en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica. En L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 63-109). Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, J.-M. (2003). *Normas y acciones en derecho penal*. Hammurabi.
- Silva Sánchez, J.-M. (2016). *Fundamentos del derecho penal de la empresa* (2a. ed. amp. y act). Edisofer.
- Stella, F. (1999). Scienza e norma nella pratica dell'igiene industriale. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, XLII (2), 382-392.
- Stiglitz, J. E. (2011). *El malestar en la globalización*. Punto de lectura.
- Stratenwerth, G. (2005). *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (M. Cancio Meliá & M. A. Sancinetti, Trads.). Thomson: Civitas.
- Terradillos Basoco, J. (2003). La Constitución penal: Los derechos de la libertad. En J. R. Capella & P. Andrés Ibáñez (Eds.), *Las sombras del sistema constitucional español*. Trotta.
- Tiedemann, K. (1991). Constitución y Derecho Penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 11(33), 145-171.
- Tiedemann, K. (2013). El derecho comparado en el desarrollo del derecho penal económico. En L. Arroyo Zapatero & A. Nieto Martín (Eds.), *El derecho penal económico en la era compliance* (pp. 31-62). Tirant lo Blanch.
- Torre, V. (2013). *La privatizzazione delle fonti di diritto penale: Un'analisi comparata dei modelli di responsabilità penale nell'esercizio dell'attività di impresa*. Bononia University Press.
- Torre, V. (2016). La valutazione del rischio e il ruolo delle fonti private. En D. Castronuovo, F. Curi, S. Tordini Cagli, V. Torre, & V. Valentini, *Diritto penale della sicurezza del lavoro* (pp. 37-59). Bononia University Press.

- Wohlers, W. (2012). Derecho penal como ultima ratio. ¿Principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho o principio sin un contenido expresivo propio? En A. von Von Hirsch, K. Seelmann, W. Wohlers, & J.-M. Silva Sánchez (Eds.), *Límites al derecho penal: Principios operativos en la fundamentación del castigo* (pp. 109-128). Atelier.
- Wolfe, R. (2001). Rendering unto Caesar: How legal pluralism and regime theory help in understanding multiple centres of power. En G. S. Smith & D. Wolfish (Eds.), *Who is afraid of the state? Canada in a world of multiple centres of power* (pp. 259-309). University of Toronto Press.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil: Ley, derechos, justicia*. Editorial Trotta.