

LUIS REYNA ALFARO

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

TEMAS CLAVES

APLICACIÓN ESPACIAL DE LA LEY PENAL

PRINCIPIO DE LEGALIDAD

CONTENIDO MATERIAL DEL BIEN JURÍDICO-PENAL

AUTORÍA E INTERVENCIÓN DELICTIVA

RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

RELEVANCIA DE LA VÍCTIMA EN EL
DERECHO PENAL

IMPUTACIÓN OBJETIVA Y CONDUCTA
DE LA VÍCTIMA

INDIVIDUALIZACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA
Y RESERVA DEL FALLO CONDENATORIO

GACETA
JURIDICA

AV. ANGAMOS OESTE 526 - MIRAFLORES

☎ (01) 710-8900 / TELEFAX: (01) 241-2323

www.gacetajuridica.com.pe

CAPÍTULO V

PANORAMA ACTUAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

SUMARIO: I. La problemática de la responsabilidad penal de las empresas. II. Sobre la conveniencia político criminal de la responsabilidad penal empresarial. III. La responsabilidad penal de la empresa en el Código Penal peruano. 1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal peruano. 2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. IV. La insuficiencia del sistema de imputación individual y la necesidad de construir un sistema de imputación para las personas jurídicas. 1. La propuesta de Klaus Tiedemann: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual. 2. La tesis de Günther Heine: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa / Responsabilidad penal empresarial independiente. V. Conclusión.

I. LA PROBLEMÁTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS EMPRESAS

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

Y es que la relevancia actual de la criminalidad producida en el contexto empresarial provoca exigencias político criminales que han motivado que el antes excepcional discurso de responsabilidad penal de la propia persona

jurídica se transforme en una tendencia dominante que trasciende los límites del *common law*.

En efecto, las legislaciones penales en Derecho Comparado mostraban un panorama bastante claro: En los países del *common law* predominaba la regla de la responsabilidad directa de la persona jurídica; en los países del orden jurídico europeo continental la posibilidad de sancionar directamente a la persona jurídica era rechazada a favor de la responsabilidad penal individual. Hoy en día ese esquema se ha visto alterado.

Se observa una tendencia creciente en el Derecho europeo continental a reconocer la responsabilidad penal de la propia persona jurídica; en esa línea, además de la implementación en el Código Penal francés de una regla de responsabilidad directa de la propia persona jurídica y la posible futura introducción en el Código Penal español de una reforma (Exp. N° 121/000119) a favor de responsabilizar directamente a la persona jurídica, observamos cómo el *corpus juris* europeo destinado a la protección de los intereses financieros de la Unión Europea muestra en su artículo 13 (antes el art. 14) una disposición de responsabilidad penal directa de las corporaciones.

Esta situación provoca la necesidad de revisar, en primer lugar, la conveniencia político-criminal de responsabilizar directamente a los entes empresariales y, en un segundo término, determinar si es posible sostener, ya sea a nivel de *lege lata* o de *lege ferenda*, la responsabilidad penal de las personas jurídicas o si, por el contrario, la criminalidad de empresa debe enfrentarse a través de fórmulas destinadas al castigo del sujeto individualmente responsable del hecho punible.

II. SOBRE LA CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DE LA RESPONSABILIDAD PENAL EMPRESARIAL

Desde una perspectiva político-criminal orientada a la función del Derecho Penal, puede sostenerse que el propósito de proteger bienes jurídicos a través del Derecho Penal se vería mejor logrado de establecerse un sistema legal de imputación directa a la persona jurídica. Esto, por consideraciones de orden cuantitativo y cualitativo provocando la generación –siguiendo la

terminología de Bajo Fernández/ Bacigalupo Saggese— de daños materiales y daños inmateriales⁽¹⁾.

Cuantitativamente, la conveniencia político criminal de responsabilizar penalmente a la persona jurídica puede sostenerse a partir de los datos estadísticos que proporciona la criminología que parecen revelar la necesidad de afrontar la criminalidad empresarial de un modo directo. Puede mencionar un reconocido estudio realizado por el Instituto Max Planck de Alemania ha determinado que el 80 % de los delitos producidos en Alemania tienen lugar a partir de una actuación a favor de una empresa⁽²⁾, lo que parece evidenciar que esta parece proporcionar cierto ambiente favorable a la infracción de la ley penal.

Cualitativamente, los efectos desestabilizadores de la criminalidad de empresa sobre la economía pueden reconocerse en casos de actualidad como los casos Madoff y Enron.

En el caso Madoff podemos observar como la actividad de Bernard Madoff –Director de Madoff Investment Securities, una empresa sumamente reconocida en el sistema financiero norteamericano– le permitió obtener, mediante el conocido método de fraude piramidal, ganancias cercanas a los 50 millones de dólares americanos⁽³⁾.

Mayores repercusiones pueden observarse en el caso Enron que constituye un verdadero paradigma de los efectos de la criminalidad económica. *Enron Corporation*, una empresa perteneciente al rubro de la energía, con aproximadamente 21,000 trabajadores y considera una de las diez más sólidas en los Estados Unidos, reveló la existencia de mecanismos fraudulentos en el manejo de la información financiera con intervención directa de, hasta ese momento, una de las más prestigiosas empresas auditoras Arthur Andersen. Con daños

(1) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. *Derecho Penal económico*. Ceura, Madrid, 2001, pp. 30-33.

(2) GARCÍA ARÁN, Mercedes. “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos (dir.). *I Congreso Hispano-Italiano de Derecho Penal económico*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de La Coruña, La Coruña, 1998, p. 45; REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal económico. Parte general y Parte especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 105; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Modelos de imputación penal para sancionar la criminalidad de empresa en el CP español de 1995”. En: *Revista Peruana de Ciencias Penales*. N° 7/8. Lima, 1999, p. 965.

(3) “El caso Madoff”. Blog Ahorro: <<http://www.blogahorro.com/2008/12/16/el-caso-madoff/>> (consulta 20 de agosto de 2009), p. s/n.

cuantificados en 70 billones de dólares⁽⁴⁾ y con una victimización masiva sin precedentes, el caso Enron es un ejemplo de los alcances de la criminalidad económica y su estrecha vinculación con el poder político y la corrupción en dicho entorno.

Nuestros países no han sido ajenos a este tipo de fenómenos delictivos. Los escándalos financieros producidos en Ecuador (casos “Filanbanco” y “El Progreso”) y los fraudes de subvenciones tan comunes en nuestra economía intervencionista (fraude con los dólares M.U.C. en Perú).

Pero la dañosidad de la criminalidad empresarial no se limita a daños materiales de orden patrimonial, sino que comprende, en casos cada vez más habituales, daños materiales relacionados a la vida, integridad física y la salud; piénsese, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por el producto ocurridos en Alemania (casos “Contergan” y “Lederspray”) y España (caso del aceite de colza)⁽⁵⁾ y los cada vez más comunes en nuestro país supuestos de siniestralidad laboral; así como daños inmateriales vinculados a la pérdida de confianza en el sistema económico y la generación simultánea de efectos de espiral, de contagio y de reacción en cadena⁽⁶⁾.

No son solo los efectos y la dañosidad asociada a la criminalidad empresarial los que abonan a favor de la opción de responsabilizar penalmente a la persona jurídica sino las características fenomenológicas de las estructuras empresariales que hacen sumamente dificultosa la labor de protección de bienes jurídicos a partir de un sistema de imputación penal exclusivamente individual⁽⁷⁾. Piénsese, por ejemplo, en la influencia de la actitud criminal colectiva en los individuos que se desenvuelven en el entorno empresarial o en la complejidad de la organización empresarial y los efectos de la división del trabajo en la determinación de la responsabilidad individual debido

(4) IBARRA PALAFOX, Francisco. “Enron o erase una vez en los Estados Unidos”. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. <<http://www.bibliojuridica.org/libros/5/2456/4.pdf>> (consulta 20 de agosto de 2009). p. 07.

(5) Véase, al respecto: HASSEMER, WINFRIED & MUÑOZ CONDE, Francisco. *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, passim.

(6) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 31-33.

(7) HEINE, Günther. “La responsabilidad penal de las empresas: Evolución y consecuencias nacionales”. En: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; SIMONS VALLEJO, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 51.

a la separación existente entre los centros de decisión empresarial y los de ejecución⁽⁸⁾.

Es evidente que la propuesta de responsabilidad penal de las corporaciones no solo resulta útil sino necesaria en un sistema de la imputación penal orientado a la protección de bienes jurídicos. Queda por determinar, sin embargo, si la intervención penal directa sobre las empresas es sostenible recurriendo a las fórmulas de imputación penal contenidas en el Código Penal o si constituye más bien una propuesta defendible de *lege ferenda*.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA EMPRESA EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

1. El predominio del sistema de imputación penal individual en el Código Penal peruano

El Código Penal peruano descarta la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esto porque las estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. En efecto, el artículo 11 del Código Penal peruano (son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley)⁽⁹⁾ reconoce como presupuesto del hecho punible la existencia de una acción jurídico penalmente relevante.

Este concepto, tal cual ha sido construido por la dogmática jurídico penal, permite disgregar las acciones en sentido estricto (ontológico material), esto es, aquellas que modifican la conformación exterior del mundo, de aquellas que al Derecho Penal le interesa abarcar, esto es, de aquellas que son penalmente relevantes.

Y al Derecho Penal le interesa castigar, en primer lugar, las acciones que impliquen la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos en tanto esta —la

(8) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 116-117; HURTADO POZO, José & MEINI MÉNDEZ, Iván. "Las personas jurídicas frente al Derecho Penal peruano". En: HURTADO POZO, José; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 77; TIEDEMANN, Klaus. "La responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: El mismo. *Temas de Derecho Penal económico y ambiental*. Idemsa, Lima, 1999, p. 204.

(9) Similar el artículo 10 del Código Penal del Ecuador: "Son infracciones los actos imputables sancionados por las leyes penales, y se dividen en delitos y contravenciones, según la naturaleza de la pena peculiar".

protección de bienes jurídicos— es la misión misma del Derecho Penal. En segundo lugar, al Derecho Penal le interesa castigar las acciones que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos en tanto y en cuanto ellas se encuentren orientadas por la voluntad humana. Dicho de otro modo, las acciones —en sentido material— podrán calificarse de acciones penalmente relevantes si lesionan o ponen en peligro un bien jurídico y se encuentran además guiadas por la voluntad humana. Desde esta perspectiva, puede decirse que la persona jurídica no puede ser penalmente responsable ya que carece de capacidad de acción en sentido jurídico penal y por ello se encuentra, de momento, fuera del alcance del Derecho Penal⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, el reconocimiento de la culpabilidad como un elemento fundamental del hecho punible conforme a la clasificación tripartita propuesta por la teoría del delito —tipicidad, antijuricidad y culpabilidad— impide aditivamente descartar, de *lege lata*, la existencia de una responsabilidad directa de la persona jurídica.

En efecto, dentro de los elementos de la culpabilidad —categoría que implica un juicio de reproche sobre el autor del injusto penal por resultarle exigibilidad una conducta distinta— se haya la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, el conocimiento de la antijuricidad y la capacidad de motivación. Estas categorías resultan, como trataré de demostrar, difícilmente aplicables en relación a las personas jurídicas.

La imputabilidad, reconocida expresamente por el artículo 10 del Código Penal ecuatoriano al formular el concepto de infracción penal como **acto imputable sancionado por la ley penal**, y de modo tácito por el artículo 20 del Código Penal peruano que reconoce capacidad exculpante, es decir, de eliminación de culpabilidad, de ciertos supuestos de inimputabilidad, alude al halo de condiciones estructurales de tipo cognitivo y volitivo que debe reunir la persona para reconocer el contenido de la prohibición penal: Imputabilidad es, en otras palabras, capacidad de culpabilidad. Es evidente, sin la existencia de las condiciones estructurales propias de la imputabilidad, no sería posible que el Derecho Penal pueda reprochar al autor la realización del injusto penal.

Del mismo modo, tampoco resultaría posible emitir juicio de reproche sobre el autor del hecho típico y antijurídico si aquel desconoce que el

(10) De este modo, reitero lo expuesto en: REYNA ALFARO, Luis Miguel. Ob. cit., pp. 120-121.

comportamiento realizado es prohibido por el ordenamiento jurídico. El conocimiento de la antijuricidad implica el reconocimiento por parte del autor que su actuación se encuentra dentro de los ámbitos de lo prohibido por el ordenamiento jurídico. Esto supone, por otra parte, que el injusto penal no debe haberse realizado bajo influencia de error (error de prohibición).

La exigibilidad de otra conducta o motivabilidad exige identificar si en las circunstancias concretas del caso el autor del injusto penal se hallaba o no en condiciones de seguir los parámetros de actuación fijados por el ordenamiento jurídico. En efecto, no resultaría razonable que el Derecho Penal emita el juicio de reproche propio de la culpabilidad si al autor, en las circunstancias concretas del caso, no puede exigírsele un comportamiento distinto (inexigibilidad de otra conducta).

Conforme se desprende del contenido de las categorías que integran la culpabilidad, aquellas terminan reconvirtiéndose a la voluntad y la capacidad de motivación, por lo que no pueden ser atribuidas a la persona jurídica y, por lo tanto, impiden la concurrencia de los presupuestos del hecho punible. Desde la perspectiva de los desarrollos de la teoría del delito, conforme esta ha sido desarrollada por el dogmático jurídico penal, queda en evidencia que la persona jurídica no puede ser considerada sujeto de imputación penal. Se revela de este modo el denunciado contraste entre las necesidades político criminales y las posibilidades de la dogmática penal tradicional⁽¹¹⁾.

2. La naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica

Pese a lo sostenido, la introducción en el Código Penal peruano de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas contenidas en el artículo 105 pueden generar ciertas dudas respecto a si suponen auténticas penas o medidas de seguridad para las personas jurídicas, lo que supondría el reconocimiento implícito de que las personas jurídicas tienen capacidad de culpabilidad o al menos de acción, o si tienen una naturaleza distinta.

En efecto, el artículo 105 del Código Penal reconoce la posibilidad de aplicar a la persona jurídica una serie de medidas, (disolución de la persona jurídica, la suspensión de sus actividades, la clausura de sus locales, etc.), cuando el hecho punible sea cometido en ejercicio de la actividad de la

(11) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., pp. 216-217.

empresa o cuando se utiliza su organización para favorecerlo o encubrirlo. Sin embargo, la vaguedad del legislador al denominarlas consecuencias accesorias⁽¹²⁾ ha propiciado un intenso debate dogmático que, por cuestiones de pertinencia, solo podrá ser reseñado en sus términos más elementales.

El carácter punitivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas es postulado fundamentalmente por Zugaldía Espinar quien sostiene que las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal español por exclusión deben ser consideradas auténticas penas⁽¹³⁾: Si las consecuencias accesorias —refiere Zugaldía Espinar— no tienen naturaleza reparatoria civil ni son medidas preventivas-reafirmativas, son entonces penas. Este argumento es completando por otros autores con la noción de mayor garantismo asociado a la imposición de las penas: Si se considera a las consecuencias accesorias auténticas penas se podría garantizar un mejor respeto de los derechos de las personas jurídicas dentro del proceso penal⁽¹⁴⁾.

Desde nuestro punto de vista, la solución de considerar las consecuencias jurídicas del delito verdaderas penas para las personas jurídicas tiene un escollo legal insuperable que impide recurrir al argumento de la exclusión postulado por Zugaldía Espinar.

En efecto, el artículo 28 del Código Penal establece una cláusula cerrada de penas dentro de las cuáles no se encuentran las contenidas en el artículo 105 del Código Penal. Esta cuestión, sumada a la exigencia de culpabilidad como presupuesto para la imposición de una pena y la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos impiden afirmar que las medidas del artículo 105 del Código Penal peruano constituyan auténticas penas para las personas jurídicas. Es de reconocer, además, que la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, conforme al contenido del artículo 105 del

-
- (12) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y consecuencias accesorias en el Código Penal español". En: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (Directores). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 31.
- (13) ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. "Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho Penal". En: Hurtado Pozo, José; Del Rosal Blasco, Bernardo; Simons Vallejo, Rafael (dirs.). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: Una perspectiva comparada*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 253.
- (14) PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*. Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 179.

Código Penal, exige no solo la realización de un hecho punible sino un estado de cosas específico: actitud criminal de la persona jurídica⁽¹⁵⁾.

Por consideraciones similares a las antes desarrolladas en relación a la pena es que debe negarse que las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica constituyan una especie medidas de seguridad⁽¹⁶⁾. Primero, porque contradicen el sentido del artículo 71 del Código Penal que determina como únicas medidas de seguridad previstas por el Estatuto penal el tratamiento ambulatorio y la internación; segundo, porque la calificación como medidas de seguridad exigiría una reformulación total del concepto de peligrosidad criminal⁽¹⁷⁾.

Sin perjuicio de los argumentos dogmáticos expuestos precedentemente, la propia opción legislativa de abordar las medidas aplicables a la persona jurídica en un título independiente del Código Penal⁽¹⁸⁾, permiten sostener que su naturaleza jurídica es distinta a la de las penas y las medidas de seguridad. Sin embargo, sostener que las medidas descritas en el artículo 105 del Código Penal no son penas ni medidas de seguridad no permite aún reconocer cuál es, en efecto, la naturaleza jurídica de dichas medidas.

En nuestra opinión, las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas constituyen sanciones *sui generis* ubicadas a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales⁽¹⁹⁾. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver su estructura ontológica en tanto son medidas previstas comúnmente en el Derecho administrativo sancionador, en tanto que con las sanciones penales les une el fin perseguido –el preventivo– y la jurisdiccionalidad de su imposición.

(15) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p. 38.

(16) Como proponen, por ejemplo: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal económico*. Ceura, Madrid, 2001, p. 152.

(17) MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico. Parte general*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 231-232; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 254.

(18) En esa línea: MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico. Parte general*, p. 231.

(19) URTECHO BENITES, Santos. *Criminalidad de la empresa*. Forum, Trujillo, 2006, p. 184. Cercana la posición de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás & GUERRERO LÓPEZ, Susana. *Consecuencias accesorias del delito y medidas cautelares reales en el proceso penal*. Jurista, Lima, 2009, p. 165; quienes, pese a sostener que se tratan de medidas administrativas reconocen que su imposición se encuentra condicionada a la intervención del juez penal dentro de un proceso penal respetuoso de los derechos procesales.

Habiendo establecido que las personas jurídicas no son penalmente responsables conforme a nuestro ordenamiento penal y tras determinar que las medidas previstas en el artículo 105 del Código Penal poseen carácter *sui generis* (administrativo-penal), corresponde establecer cuál es el fundamento jurídico para la imposición de dichas medidas a la persona moral.

En ese contexto, conviene reconocer que es la peligrosidad objetiva de la persona jurídica y su estructura organizativa⁽²⁰⁾ la que fundamenta materialmente la aplicación de consecuencias accesorias a las personas jurídicas. Esto supone que las consecuencias descritas en el artículo 105 del Código Penal se imponen cuando aquella constituye una suerte de instrumento peligroso al facilitar y encubrir, de modo continuo y prolongado, la realización de comportamientos delictivos. Esta exigencia se deduce del propio tenor del artículo 105 del Código Penal, al referir en su parte inicial que las CAPJ se imponen: “Si el hecho punible fuere cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (...)”.

En conclusión, puede sostenerse que la aplicación de CAPJ solo es posible si aquella tiene como propósito general o dominante contribuir y encubrir delitos. Hechos delictivos aislados o infrecuentes no justifican legalmente la imposición a una empresa de las consecuencias jurídicas accesorias descritas en el artículo 105 del Código Penal.

A partir de este fundamento, el artículo 105 del Código Penal propone una serie de condiciones para la imposición de las CAPJ, las cuáles desarrollaremos sucintamente en líneas posteriores.

En primer lugar, el artículo 105 del Código Penal reconoce el carácter accesorio de su aplicación, en virtud de lo cual las CAPJ solo podrán ser impuestas en tanto se determine, más allá de toda duda razonable, la realización de un hecho punible por parte de una persona natural⁽²¹⁾. En tal virtud, no podrá imponerse una CAPJ si no existe declaración judicial de responsabilidad penal de una persona natural.

(20) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p. 36.

(21) ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Derecho Penal económico. Consideraciones jurídicas y económicas*. Idemsa, Lima, 1997, p. 206.

En segundo lugar, dado que el artículo 105 del Código Penal requiere que el hecho punible sea consecuencia del ejercicio de la actividad de la persona jurídica o de la utilización de su organización se entiende que su aplicación está condicionada a que la persona natural involucrada en la realización del hecho delictivo posea algún tipo de relación con la persona jurídica.

En tercer lugar, aunque el artículo 105 del Código Penal establece que las CAPJ deben aplicarse de modo obligatorio si se cumplen con los presupuestos antes indicados (peligrosidad objetiva de la persona jurídica, declaración de responsabilidad penal de una persona natural y vinculación de la persona natural con la actividad y la organización de la persona jurídica), la determinación de qué medidas se aplican en cada caso concreto es facultativa para el juez.

Finalmente, aunque esto responde más bien a consideraciones de índole procesal, la imposición de las CAPJ exige que la persona jurídica haya sido oportunamente emplazada en el proceso penal, lo cual supone que aquella debe ser previamente comprendida como **parte pasiva imputada** mediante resolución judicial de imputación (auto apertorio de instrucción o auto ampliatorio o complementario de instrucción) a través del cual se delimiten los cargos que sustentarán su responsabilidad *sui generis*. Esta exigencia se encuentra reconocida expresamente por el §20 del Acuerdo Plenario N° 7-2009 y, por lo tanto, posee fuerza vinculante, resultando de observancia obligatoria por los tribunales de Justicia.

Ahora bien, el emplazamiento de la persona jurídica como **parte pasiva imputada** debe formularse oportunamente, a fin de evitar que la incorporación tardía de la persona jurídica en el proceso penal genere en aquella un estado de indefensión procesal. En ese contexto, conviene recordar que el nuevo Código procesal penal establece límites temporales para la incorporación en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización.

Desde esa perspectiva, no quedan dudas que el Derecho Penal peruano enfrenta la criminalidad del ente empresarial recurriendo a las fórmulas de imputación individual desarrolladas por los artículos 23 a 27 del Código Penal. Esto significa que la represión de un hecho punible cometido en el contexto de una entidad colectiva se logrará, no mediante la sanción a la propia persona jurídica, sino identificando a las personas naturales responsables del mismo, conforme a las reglas de intervención delictiva antes precisadas.

IV. LA INSUFICIENCIA DEL SISTEMA DE IMPUTACIÓN INDIVIDUAL Y LA NECESIDAD DE CONSTRUIR UN SISTEMA DE IMPUTACIÓN PARA LAS PERSONAS JURÍDICAS

La cuestión por resolver ahora es si dicha opción, no podría ir aparejada de un sistema de imputación dirigido a la propia persona jurídica, es decir, si junto con el sistema de imputación individual puede construirse un sistema de imputación dirigido directamente a las propias personas jurídicas.

Los autores que han desarrollado la problemática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, reconocen que aunque el sistema de teoría del delito plasmado en las codificaciones vigentes no es aplicable a las personas morales, es posible adoptar un sistema de doble imputación que permita la imputación individual como la imputación del hecho punible al ente colectivo. La adopción de un sistema de doble imputación, por cierto, no resulta cuestión novedosa en el plano legislativo comparado conforme se observa, por ejemplo, en el Código Penal francés, en el proyecto de Código Penal de Guatemala y en el Código Penal tipo para Iberoamérica⁽²²⁾.

La posibilidad de crear un sistema de imputación paralelo, conforme destaca acertadamente Miguel Bajo Fernández, no es cuestión nueva para el Derecho Penal. El Derecho Penal de menores se encuentra estructurado a partir de un sistema de imputación sin culpabilidad que se desarrolla de modo paralelo con el sistema penal de adultos⁽²³⁾. Como se observa, no se pretende el reemplazo del sistema de imputación individual por un sistema de imputación de la persona jurídica sino la creación de un sistema alternativo que funcione aditivamente. Esta lógica se manifiesta con claridad en la norteamericana Ley Sarbanes Oxley.

Efectivamente, la Ley Sarbanes Oxley, promulgada justamente tras el caso "Enron", reconoce la incapacidad del sistema de responsabilidad criminal norteamericano de corte claramente colectivo. En su reemplazo, justamente a través de la mencionada ley, se propone un sistema de imputación individual más riguroso en relación a la persona natural que actúa en nombre de la persona jurídica: No basta con sancionar a la empresa, sino que

(22) GUZMÁN ZANETTI, Dora. "Propuesta normativa sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas". En: *Revista Canaria de Ciencias penales*. Nº 1, Instituto Iberoamericano de Política Criminal y Derecho Penal comparado, Canarias, 1999. p. 218 y ss.

(23) BAJO FERNÁNDEZ, Miguel & BACIGALUPO SAGGESE, Silvina. Ob. cit., pp. 135-139.

debe individualizarse y sancionarse a quien actúa por ella. En ese contexto se incrementan los ámbitos de responsabilidad de los directores, gestores y los auditores. La Ley Sarbanes Oxley ha tenido a nivel del Derecho comparado una influencia que no puede soslayarse: La modificación del artículo 198 del Código Penal peruano es un ejemplo de aquello.

Ahora, la opción de castigar directamente a la persona jurídica exige desarrollar una labor dogmática que viene evidenciando una progresión digna de ser puesta en relieve y que vaticina un futuro poco promisor para el aforismo *societas delinquere non potest*⁽²⁴⁾. Esta labor, por cierto, ha incidido en el desarrollo de propuestas de reformulación de las categorías dogmáticas que han obstaculizado la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas, esto es, la acción jurídica penalmente relevante y la culpabilidad. Este desarrollo dogmático permitirá la concreción, en el marco de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las garantías constitucionales que imponen límites al poder punitivo del Estado, como el principio de legalidad y el de culpabilidad⁽²⁵⁾.

En esta ocasión, abordaremos los planteamientos más relevantes de la dogmática penal alemana, correspondientes a Klaus Tiedemann y Günther Heine.

1. La propuesta de Klaus Tiedemann: Responsabilidad penal empresarial dependiente de la responsabilidad penal individual

Klaus Tiedemann, uno de los más representativos defensores de la responsabilidad penal empresarial, propone la creación de un sistema de imputación penal de la persona jurídica mediante la reformulación del concepto de acción jurídico penal y la culpabilidad.

a) El concepto de acción jurídico penal en la propuesta de Tiedemann

En opinión de Tiedemann, sobre la base que proporciona la doctrina proveniente de Inglaterra, Holanda y Norteamérica, las empresas no

(24) DEL ROSAL BLASCO, Bernardo & PÉREZ VALERO, Ignacio. Ob. cit., p.23; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 259.

(25) DE LA GÁNGARA VALLEJO, Beatriz. "El sujeto del Derecho Penal económico y la responsabilidad penal y sancionatoria de las personas jurídicas: Derecho vigente y consideraciones de lege ferenda". En: BACIGALUPO, Enrique (dir.). *Curso de Derecho Penal económico*. Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 62; ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. Ob. cit., p. 250.

solo tienen la capacidad de comprometerse legalmente (por ejemplo, a través de un contrato), sino que pueden también incumplir dichos compromisos (incumplir un contrato). Esta lógica elemental, permite a Tiedemann sostener que las personas jurídicas tienen también capacidad de infringir la ley penal⁽²⁶⁾.

Como puede deducirse, Tiedemann fundamenta la capacidad de acción básicamente sobre la base de su condición de destinataria de los mandatos normativos, los cuales, en ciertas materias como la económica y societaria, pueden ser dirigidos exclusivamente hacia la persona jurídica⁽²⁷⁾.

Tiedemann reconoce, no obstante, que la persona jurídica es materialmente incapaz de actuar, debiéndose atribuir a ella los actos realizados por las personas naturales que actúan a nombre suyo. Este es justamente uno de los puntos débiles de la tesis de Tiedemann, al generar riesgos de posible vulneración del principio de responsabilidad por el hecho propio debido a que a la persona jurídica se le estaría atribuyendo el hecho materialmente realizado por una persona distinta, la persona natural. Frente a estos cuestionamientos, sumamente recurrentes en doctrina, Tiedemann responde identificando una serie de mecanismos legales que permiten la imputación por hecho materialmente efectuados por terceros, como ocurre, por ejemplo, en la autoría mediata o en la coautoría⁽²⁸⁾.

Los críticos a la propuesta de Tiedemann han sostenido que si bien las normas jurídica se encuentran dirigidas también a las personas morales, ello no supone que aquella deba responder por los delitos cometidos por sus representantes. Frente a este cuestionamiento, Tiedemann responde que el reconocimiento de capacidad de acción de las personas jurídicas por parte del Derecho Penal no sería más que la consecuencia lógica del reconocimiento de la persona jurídica como destinataria de las normas de orden extrapenal (administrativas, tributarias, etc.), tal cual ocurre, por ejemplo, en la figura del actuar por otro⁽²⁹⁾.

(26) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., p. 218.

(27) TIEDEMANN, Klaus. Ob. cit., p. 218.

(28) *Ibidem*, p. 219.

(29) *Ibidem*, p. 221.

b) La culpabilidad por defecto de organización

Las personas jurídicas, como es propio también de las personas naturales, tienen el deber de organizarse correctamente. El fundamento de la culpabilidad de la empresa se encuentra en la infracción de dicho deber, es decir, en la organización defectuosa que permite la realización de delitos en el ejercicio de su actividad⁽³⁰⁾.

Los defectos de la organización empresarial se encuentran asociados a la omisión de las medidas de precaución indispensables para el funcionamiento regular y, por ende, no delictivo de la persona jurídica. Las medidas de precaución exigibles a la organización empresarial son de vigilancia, control y de organización de la persona jurídica con lo cual, nuevamente, se toma como referente los comportamientos de las personas naturales que actúan a favor de la empresa.

Ahora bien, no se trata tampoco de la culpabilidad por el actuar errado individual de los gestores de la persona jurídica, esto es, un evento aislado atribuible exclusivamente a quienes representan a la persona jurídica, sino de una verdadera culpabilidad de la empresa sustentada en una incorrecta evaluación de los riesgos empresariales⁽³¹⁾.

c) Presupuestos para la imputación a la persona jurídica

Debido a que el planteamiento de Tiedemann tiene como presupuesto la actuación individual, de la cual depende la responsabilidad penal de la empresa, se plantea la cuestión respecto a qué sujetos pueden provocar la responsabilidad penal de la propia empresa.

Esta interrogante puede ser respondida recurriendo a dos criterios; uno de carácter formal, en virtud del cual solo se afirmará la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando el hecho punible sea ejecutado por sus órganos o representantes legales; el otro de carácter material, que condiciona la responsabilidad penal empresarial a los supuestos de actuación individual en beneficio de la persona jurídica, siendo irrelevante la existencia de un título de representación formal⁽³²⁾.

(30) *Ibidem*, p. 225.

(31) HEINE, Günther. *Ob. cit.*, p. 59.

(32) TIEDEMANN, Klaus. *Ob. cit.*, p. 230.

Tiedemann entiende que resulta conveniente recurrir a un modelo intermedio, similar al reconocido en la legislación inglesa, holandesa, finlandesa o australiana, que permita comprender dentro del halo de individuos cuya actuación determine la responsabilidad penal de la empresa no solo a quienes poseen la condición de órganos de representación legal, sino a quienes posean *middle management*⁽³³⁾.

2. La tesis de Günther Heine: Culpabilidad por organización deficiente de la empresa/ Responsabilidad penal empresarial independiente

Cercano al planteamiento de Tiedemann se encuentra la formulación de Günther Heine de construir una culpabilidad de las organizaciones empresariales que, aunque fundada en la organización deficiente de la empresa, se origina en la propia empresa, de modo independiente a la culpabilidad individual de quienes actúan a favor de la empresa⁽³⁴⁾.

El sistema de responsabilidad penal empresarial debe ser construido, conforme al planteamiento de Heine, de modo paralelo al sistema individual de responsabilidad penal. La propuesta de Heine, a diferencia del propuesto por Tiedemann, no toma como centro de referencia la responsabilidad penal del órgano de la persona jurídica sino que se enfoca directamente en la persona jurídica. De este modo se lograría estatuir una culpabilidad empresarial plenamente independiente de la correspondiente a las personas naturales que actúan a favor de la persona jurídica.

Justamente por este motivo (la menor trascendencia del acto individual) es que resulta conveniente el reconocimiento de la **dimensión temporal** de la organización empresarial. Conforme al planteamiento de Heine, la culpabilidad por organización deficiente no se sustenta en deficientes decisiones individuales sino en **una deficiencia duradera en la previsión de los riesgos de explotación**, con lo cual esta sería una especie de estado de hecho culpable⁽³⁵⁾. De este modo, la culpabilidad penal de la empresa tendría carácter integral relacionado a la investigación, planeamiento, desarrollo, producción y organización empresarial⁽³⁶⁾.

(33) *Ibidem*, pp. 232-233.

(34) HEINE, Günther. *Ob. cit.*, p. 66.

(35) *Ibidem*, p. 68.

(36) *Ibidem*, p. 68.

La culpabilidad penal de la empresa se encontraría asociada a la condición de garante que aquella posee respecto a los riesgos técnicos que produce. La empresa posee deberes de evitación y control de peligros sustentados en la mayor eficacia de la administración empresarial de los riesgos respecto al control estatal de los mismos⁽³⁷⁾.

En el modelo de culpabilidad penal empresarial de Heine existirían dos presupuestos para afirmar la punibilidad de la persona jurídica: La administración incorrecta del riesgo y la materialización del peligro típico de la empresa. Estos elementos no operan en un mismo nivel: La culpabilidad de la empresa se sustentaría en la incorrecta gestión del riesgo, en tanto que la materialización del peligro típico operaría como una condición objetiva de punibilidad⁽³⁸⁾. Entre ambos elementos debe existir una relación de riesgo.

Heine sostiene que los diversos elementos del delito, como el dolo, la culpa o el conocimiento de la antijuricidad, deben ser valorados desde una perspectiva funcional-colectiva; así, por ejemplo, la imputación subjetiva del hecho a la empresa se sustentaría en el conocimiento que pudieran poseer las áreas legal y de seguridad de la persona jurídica⁽³⁹⁾.

V. CONCLUSIÓN

Al principio *societas delinquere non potest*, sin duda, le queda poco futuro. Pese a la subsistencia de voces en la doctrina que persisten en postular que las personas jurídicas no pueden delinquir, la realidad criminógena subyacente a la criminalidad de empresa obliga a un examen sobre la capacidad de rendimiento de la dogmática penal tradicional y las posibilidades que ofrece la creación de un sistema de imputación penal para las propias personas jurídicas.

Conforme se ha podido constatar en líneas precedentes, las estructuras en las que se asienta la teoría del delito resultan de escasa utilidad para las personas morales debido a su marcada orientación personalista que si no obstruyen al menos dificulta en gran medida su aplicación en el contexto de las

(37) *Ibidem*, p. 69.

(38) HEINE, Günther. *Ob. cit.*, p. 70.

(39) *Ibidem*, pp. 70-71.

estructuras empresariales⁽⁴⁰⁾. Resulta preferible la construcción de una teoría del delito orientado directamente hacia las personas jurídicas y que resulte plenamente independiente del constructo correspondiente a las personas naturales.

(40) *Ibidem*, p. 64.

CAPÍTULO VI

¿RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS?

Observaciones en torno a las propuestas legislativas de incorporación de la responsabilidad penal de la propia persona jurídica en el Perú

SUMARIO: I. La situación de la persona jurídica en el Derecho Penal peruano. II. Sobre el ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en las propuestas legislativas. 1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica. 2. Exclusión de las personas jurídicas de Derecho Público. III. Elementos que fundamentan la RPPJ. IV. Elementos que excluyen o atenúan la RPPJ. El *compliance* penal. V. Autonomía de la responsabilidad penal individual y la corporativa. VI. El Registro de personas jurídicas penalmente responsables. VII. A modo de conclusión: Sobre los retos de la introducción de la RPPJ.

I. LA SITUACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL PERUANO

En el Perú rige el aforismo latino *societas delinquere non potest*. El Código Penal peruano (en adelante, CP) aunque no es indiferente respecto a la realización de delitos a partir de una persona jurídica introdujo las denominadas consecuencias accesorias del delito (art.105 del CP)⁽¹⁾, mantuvo las estructuras propias de un sistema de imputación basado en la persona física⁽²⁾.

(1) REYNA ALFARO, Luis Miguel. *Manual de Derecho Penal económico. Parte general y Parte especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2002, p. 203 y ss.

(2) Sosteniendo también que la legislación penal peruana recusa la responsabilidad penal de las personas jurídicas: TIEDEMANN, Klaus. “*Corporate criminal liability as a third track*”. En: Dominik Brodowski; Manuel Espinoza de los Monteros de la Parra; Klaus Tiedemann; Joachim Vogel (eds.). *Regulating corporate criminal liability*. Springer, 2014, p. 13; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte general*. Grijley, Lima, 2006, p. 268; BRAMONT ARIAS, Luis.

No obstante, una serie de circunstancias⁽³⁾ permiten vaticinar la proximidad de un cambio de orientación político criminal en favor de la introducción de un sistema de imputación a la propia persona jurídica. De hecho, existen una serie de propuestas legislativas destinadas a introducir fórmulas de responsabilidad penal directa de la persona jurídica (de aquí en adelante RPPJ). Nuestro objetivo es proponer una mirada inicial a dichas iniciativas, de cara a reconocer su conveniencia y posible capacidad de rendimiento a partir del análisis de algunas de sus cuestiones principales⁽⁴⁾.

Para la elaboración del presente trabajo se han tomado en consideración, además de los textos de los Proyectos de Ley N° 4054-2014/ PE (Proyecto de Ley que regula la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en los delitos de corrupción, propuesto por iniciativa del Poder Ejecutivo, de aquí en adelante, Proyecto PE); N° 3194-2013/CR (Proyecto de Ley del nuevo CP, propuesto por el congresista Juan Carlos Eguren, de aquí en adelante, Proyecto NCP) y N° 2225-2012/ CR (Proyecto de ley de modificación del CP, propuesto por el congresista José Antonio Urquizo Maggia, de aquí en adelante, Proyecto Urquizo), el Anteproyecto de ley que regula la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas en los delitos de corrupción (en adelante, Anteproyecto CAN, propuesto por la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción, dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros), el Anteproyecto de Ley de Reforma del CP de 2009 (en adelante, APCP 2009), el Anteproyecto de CP de 2004 (en adelante, APCP 2004) así como los textos legales de nuestro entorno jurídico que han regulado la RPPJ (España, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela).

Derecho Penal peruano (Visión histórica), Ediciones UNIFE, Lima, 2004, p. 539; Peña Cabrera, Raúl. *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Grijley, Lima, 1999, p. 698; GARCÍA RADA, Domingo. *Sociedad anónima y delito*, Lima, 1972, p. 9.

- (3) Se reconocen, en nuestra opinión, al menos cuatro circunstancias que van en dicho sentido: La tendencia a la importación de las leyes penales, el especial interés político-criminal existente en torno a las figuras delictivas en las que la incorporación de fórmulas de responsabilidad penal de la persona jurídica es una herramienta habitual (blanqueo de capitales, delitos de corrupción), la existencia de compromisos internacionales que tienen como presupuesto la incorporación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención Internacional contra la Delincuencia Organizada Transnacional, el Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y EE.UU., la incorporación al Comité de Inversión y al Centro de Desarrollo del OCDE).
- (4) No es por tanto mi intención examinar las cuestiones asociadas a la capacidad de las estructuras del Derecho Penal de soportar una pretendida punición de la persona jurídica. Nuestros objetivos, en esta oportunidad, resultan meramente descriptivos.

II. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS PROPUESTAS LEGISLATIVAS

1. Los delitos que activan la responsabilidad penal de la persona jurídica

Es común observar, tanto en la legislación comparada como en las propuestas legislativas nacionales, que existe un cierto predominio de las opciones que limitan la RPPJ a cierta clase de delitos seleccionados en función a intereses de orden político criminal. Veremos ahora como es que dicha tendencia se ha expresado en los proyectos legislativos nacionales.

a) El enfoque de la RPPJ en los delitos de corrupción de funcionarios

Tanto el Proyecto PE como el Anteproyecto CAN señalan que en sus respectivos artículos que la RPPJ estaría prevista para los delitos de corrupción de funcionarios públicos. No obstante, conviene reconocer ciertas diferencias en torno a los tipos penales que gatillan la RPPJ.

El Anteproyecto CAN establece que la RPPJ es aplicable a los delitos descritos en las Secciones II a IV del Capítulo II, Título XVIII, Libro Segundo del Código Penal. Esto supone, en buena cuenta, que el marco inicial de aplicación de la RPPJ propuesta por el Anteproyecto CAN serían los delitos comprendidos entre los artículos 382 al 401-B del CP⁽⁵⁾.

Por su parte, el Proyecto PE, en términos más reducidos, establece que la RPPJ será de aplicación respecto a los delitos descritos en los artículos 384, 387, 397, 397-A, 398 y 400 del CP. De este modo, el

(5) Concusión (art. 382 del CP), cobro indebido (art. 383 del CP), Colusión desleal (art. 384 del CP), patrocinio ilegal (art. 385 del CP), cláusula de extensión de responsabilidad penal hacia los peritos, árbitros y contadores (art. 386 del CP), peculado (art. 387 del CP), peculado de uso (art. 388 del CPP), malversación de fondos (art. 389 del CP), retardo injustificado de fondos (art. 390 del CP), rehusamiento de entrega de bienes (art. 391 del CP), cláusula de extensión del tipo penal (art. 392 del CP), cohecho –en sus diversas modalidades– (arts. 393 a 398-B del CP), aprovechamiento indebido de cargo (art. 399 del CP), tráfico de influencias (art. 400 del CP), enriquecimiento ilícito (art. 401 del CP), cláusula de decomiso e incautación de bienes ilícitos (art. 401-A y 401-B del CP). Nótese aquí la deficiencia técnica legislativa en la propuesta de establecer RPPJ respecto a dispositivos que no describen tipos penales sino que desarrollan cláusulas de equivalencia o formulan cuestiones de orden procesal.

Proyecto PE comprende los delitos de colusión desleal (art. 384 del CP), peculado (art. 387 del CP), cohecho activo genérico (art. 397 del CP), cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), cohecho activo específico (art. 398 del CP) y tráfico de influencias (art. 400 del CP)⁽⁶⁾.

Ahora, es de destacar, en este punto, la conveniencia de introducir la RPPJ en un contexto de especial interés para la Política Criminal del Estado como es la corrupción estatal. Esta conveniencia reposa en sus posibles efectos preventivos sustentados, a su vez, en un par de datos de evidente trascendencia criminógena: (i) Los actos de corrupción de mayor significación y lesividad social benefician a las personas jurídicas; y, (ii) el patrimonio utilizado para la realización de actos de corrupción proviene de las personas jurídicas.

Ahora, además de los efectos preventivos que podrían alcanzarse a través de la incorporación de una RPPJ cabe agregar los efectos simbólicos que podrían derivarse del Proyecto PE y el Anteproyecto CAN. Es innegable que las sanciones penales tienen efectos simbólicos trascendentes que, en este caso, pueden servir para reforzar la percepción social que abone a favor de la legitimación de las políticas públicas destinadas a enfrentar la corrupción pública.

Por estas razones no es de extrañar que ciertos referentes de la legislación comparada que han optado por una aplicación restrictiva de la RPPJ hayan comprendido la corrupción pública como uno de los sectores a ser comprendidos en la misma. En ese sentido, puede citarse la Ley N° 20.393 (Chile) que “establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho” y la Ley N° 1474 (Colombia) que autoriza la RPPJ en el caso de delitos contra la Administración Pública.

(6) El Proyecto PE no explica las razones por las cuales se opta por incorporar la RPPJ solo cuando la iniciativa corruptora proviene del particular y no cuando aquella surge por iniciativa del funcionario público. La lógica –carente de sustentación criminológica– que subyace al Proyecto PE parece ser aquella que reconoce que, en los casos en los que la persona jurídica es receptora de la propuesta corrupta, la persona jurídica sería una auténtica víctima.

b) **La insuficiencia de una RPPJ limitada a los delitos de corrupción**

Ahora, aunque es cierto que la legislación comparada en nuestro entorno jurídico ha optado por abordar la RPPJ de modo parcial, esto es, solo para ciertos delitos, es de reconocer que los ámbitos de aplicación de dicha responsabilidad penal suele ser más extensa que la propuesta en el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN.

Así, la Ley chilena N° 20.393, como se acotó anteriormente, comprende además los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo. De modo similar, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) establece la sanción penal directa de la persona jurídica en los casos de “hechos punibles relacionados con la delincuencia organizada y financiamiento del terrorismo”. Finalmente, podemos mencionar la Ley N° 9,605 (Brasil) que regula la RPPJ exclusivamente para los supuestos de criminalidad medioambiental.

Ante este escenario, puede plantearse la interrogante respecto a la conveniencia de ampliar la RPPJ que proponen el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN a otras tipologías delictivas (delitos ambientales, blanqueo de capitales, delitos tributarios, etc.).

La respuesta a esta interrogante debe tener presente que, como el Acuerdo Plenario N° 7-2009 sobre Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas ha reconocido, las deficiencias aplicativas en torno a las consecuencias jurídicas aplicables a la persona jurídica previstas en el CP (art. 105 del CP) las que estarían relacionadas, entre otros factores, a la carencia de normas procesales en el ACPP (antiguo Código de procedimientos penales).

Cualquier pretensión de introducir la RPPJ en el ordenamiento penal material debe reconocer este dato procesal que reconoce la incapacidad del viejo ordenamiento procesal para instrumentalizar la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas⁽⁷⁾.

(7) Es precisamente por esa razón que el mencionado Acuerdo Plenario N° 7-2009 propone recurrentemente la aplicación del CPP de 2004.

Precisamente esta circunstancia –escasa capacidad de rendimiento del ACPP en torno a la aplicación de consecuencias jurídicas sobre las personas jurídicas– es la que abona a favor de la opción propuesta en el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN de introducir la RPPJ solo en relación a la única tipología delictiva en la que se aplica, de modo general, el Código Procesal Penal (en adelante, CPP).

En efecto, por imperio de la Ley N° 29574, modificada por la Ley N° 29648, se dispuso la vigencia anticipada generalizada del CPP para los delitos de corrupción de funcionarios previstos entre los artículos 382 al 401 del CP. Esta restricción del ámbito de aplicación de la RPPJ propuesta por el Proyecto PE y el Anteproyecto CAN, permite así la utilización de una herramienta legislativa procesal más acorde con los estándares de respeto a los derechos procesales de las personas.

Todo esto lleva, en el caso concreto de las personas jurídicas, no solo a que se reduzcan los riesgos de persecuciones penales indebidas que afecten la reputación empresarial y la funcionalidad de las personas jurídicas, sino a que se pueda recurrir a mecanismos probatorios que hagan más viables las pretensiones preventivas que el Anteproyecto CAN busca alcanzar.

c) Opciones de incorporación general de la RPPJ

Distinta es la opción planteada por el Proyecto NCP (arts. 35 a 37) que, al no establecer limitaciones, reconoce la posibilidad de aplicar la RPPJ para la generalidad de delitos. Similar planteo se observa en el Proyecto Urquiza que, aunque en su exposición de motivos hace expresa mención a la incidencia de la actividad de empresa en la comisión de ciertas conductas delictivas –delitos ambientales, delitos contra los consumidores, delitos contra el mercado de valores, delitos contra el orden financiero y bancario, delitos de corrupción, crimen organizado–, no formula distinciones en torno a los delitos que habilitan la punibilidad de la empresa.

2. Exclusión de las personas jurídicas de Derecho público

La mayoría de legislaciones penales han introducido una norma de exclusión de la RPPJ respecto del Estado y sus entes. En esa línea, puede citarse el artículo 31 de la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y

Financiamiento al Terrorismo (Venezuela) que señala que la RPPJ alcanza a las personas jurídicas con exclusión del Estado y sus empresas. En la misma línea se ubica el artículo 31 bis del CP español que señala en su apartado 5: “Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas empresariales (...)”.

De allí es que el Proyecto NCP haya incluido –artículo 37– una norma expresa de inaplicabilidad de la RPPJ en el caso del Estado, sus dependencias o sus organismos reguladores. En la misma línea –aunque con una redacción más lacónica y confusa– el Proyecto Urquizo señala que la RPPJ aplica “a excepción del Estado” lo que no comprende a las personas jurídicas “que con relación al Estado, intervienen en calidad de delegación, tercerización, asociación u otra forma similar”⁽⁸⁾.

El Proyecto PE señala en su artículo 1 que la RPPJ aplica a “las empresas del Estado o las sociedades de economía mixta”. Con ello sigue la regulación de la Ley chilena N° 20.393 que precisa que la RPPJ regulada por dicha Ley “serán aplicables a las personas jurídica de derecho privado y a las empresas del Estado”, sin embargo, dicha fórmula regulatoria, como hemos indicado, es escasamente aceptada.

III. ELEMENTOS QUE FUNDAMENTAN LA RPPJ

Por las consideraciones antes indicadas –riesgo de efectos nocivos sobre las personas jurídicas como consecuencia de persecuciones penales indebidas– resulta conveniente que toda propuesta de RPPJ articule un sistema de atribución de responsabilidad penal definido y preciso.

En ese contexto, tanto el Proyecto PE, como el Proyecto NCP y el Anteproyecto CAN identifican dos criterios de fundamentación de la RPPJ: (i) la derivada del acto del representante; y, (ii) la derivada del defecto de organización empresarial. El Proyecto Urquizo, por su parte, solo reconoce la RPPJ derivada del acto del representante.

(8) Redacción del artículo 27 del CP propuesta por el Proyecto Urquizo.

La RPPJ derivada del acto del representante se encuentra contenida en el artículo 2, numerales 1 y 2, del Proyecto PE⁽⁹⁾, en el literal a) del primer párrafo del artículo 35 del Proyecto NCP⁽¹⁰⁾, en el primer párrafo del artículo 1 del Anteproyecto CAN⁽¹¹⁾ y en la propuesta de nueva redacción del artículo 27 del CP contenida en el Proyecto Urquizo⁽¹²⁾.

La RPPJ derivada del defecto de organización empresarial se encuentra reconocida en el artículo 2, numerales 3 y 4, del Proyecto PE⁽¹³⁾, en el literal b) del primer párrafo del artículo 35 del Proyecto NCP⁽¹⁴⁾ y en el párrafo

-
- (9) "Artículo 2.- Atribución de responsabilidad.
Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por:
1. Sus administradores de hecho y de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
2. Las personas naturales que prestan servicio a la entidad y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden y autorización de estos últimos. (...)"
- (10) "Artículo 35.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.
1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:
a) De los delitos que, en su nombre, o por cuenta de ellas, y en su provecho, cometan sus administradores de hecho y de derecho".
- (11) Que establece la RPPJ en caso de delitos "cometidos en su nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho o interés, por sus representantes legales, contractuales, órganos colegiados y sus administradores de hecho o derecho, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o utilizando bienes o medios de la persona jurídica".
- (12) "Artículo 27 del CP (Proyecto Urquizo): Las personas jurídicas, a excepción del Estado, serán penalmente responsables conforme a las reglas de este capítulo, de los delitos cometidos por su cuenta, por sus órganos, representantes o por cualquier integrante o persona por delegación de estos (...)"
- (13) "Artículo 2.- Atribución de responsabilidad.
Las entidades reguladas por la presente ley son responsables por los delitos señalados en el artículo 1, cometidos en su nombre, por cuenta de ellas, y en su beneficio directo o indirecto, por: (...)
3. Las personas naturales señaladas en el numeral precedente, cuando no se ejerza el debido control y vigilancia, en atención a la situación concreta del caso.
4. Las personas naturales que prestan servicios a la entidad, distintas a las mencionadas en los numerales 2 y 3 del presente artículo, cuando el hecho es ordenado o solicitado por los administradores de hecho o derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, en el ejercicio de las funciones propias de su cargo o cuando estos no ejerzan el debido control y vigilancia para el cumplimiento del encargo que cabe exigir según el modelo de prevención y en atención a la situación concreta del caso".
- (14) "Artículo 35.- Responsabilidad penal de personas jurídicas.
1. Las personas jurídicas son penalmente responsables:
b) De los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de ellas, por quienes estando sometidos a la autoridad y control de las personas mencionadas en el

segundo del artículo 1 del Anteproyecto CAN⁽¹⁵⁾. En este último caso –RPPJ derivada del defecto de organización empresarial– se aprecia que ni el Proyecto NCP ni el Anteproyecto CAN proponen criterios que permitan reconocer la infracción de los deberes de debido control que fundan la RPPJ. Con mejor técnica, pero manteniendo el grado de indeterminación, introduce las variables propias de la situación concreta del caso. En ese propósito, resultan referenciales las pautas previstas en el artículo 4 de la Ley chilena N° 20.393.

IV. ELEMENTOS QUE EXCLUYEN O ATENUAN LA RPPJ. EL COMPLIANCE PENAL

Un aspecto trascendente en el análisis de las propuestas de *lege ferenda* está relacionado a la inclusión de cláusulas que –a modo de causas de exclusión o atenuación– impacten en la determinación de la RPPJ. En ese contexto, conviene recordar el impacto que la implementación de programas de cumplimiento o *compliance programs* viene teniendo en aquellas legislaciones que han introducido la RPPJ⁽¹⁶⁾.

El Proyecto PE es la única propuesta legislativa que reconoce valor existente a la implementación de programas de prevención de criminalidad. En ese sentido, la parte final del artículo 2 del mencionado proyecto señala que “Las entidades no son responsables cuando, con anterioridad a la comisión

párrafo anterior, han actuado por no haberse ejercido sobre ellos el debido control considerando las concretas circunstancias del caso (...)”.

- (15) Que establece que las “personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de sus gestores y órganos, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas situaciones del caso”.
- (16) Este tipo de cláusulas se observan en el CP suizo (art. 102.2 introducido por Ley de 13 de diciembre de 2002) en la que se hace referencia a la omisión de “medidas organizativas”, la legislación penal italiana (D.Leg. N° 231) que alude a los “criterios de organización del ente”, e incluso en la japonesa; al respecto: BACIGALUPO, Enrique. *Compliance y Derecho Penal*. Aranzadi, Navarra, 2011, p. 102; SIEBER, Ulrich. “Programas de compliance en el Derecho Penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica”. Traducción de Manuel Abanto, en: ARROYO ZAPATERO, Luis & NIETO MARTÍN, Adán (directores). *El Derecho Penal en la era compliance*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 64. Examina dicha exigencia en relación al caso chileno: MATUS ACUÑA, Jean. “Presente y futuro de la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos cometidos por sus directivos y empleados”. En: *El mismo. Derecho Penal, criminología y política criminal en el cambio de siglo*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011, p. 308 y ss.

del delito, hubieran adoptado e implementado un modelo de prevención, conforme a lo establecido en el artículo 11". Esta cláusula se repite en el artículo 11.1 del Proyecto PE: "Una entidad no es responsable si hubiere adoptado e implementado voluntariamente en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención, en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características".

Nótese que este proyecto no solo alude a los efectos eximentes de los programas de cumplimiento normativo⁽¹⁷⁾, sino que hace referencia a los elementos de debe reunir un programa de cumplimiento efectivo. En ese contexto, se exige que el modelo de cumplimiento normativo cuente con (i) Un responsable a cargo de la prevención de la criminalidad en la empresa (*compliance officer*) que debe (a) ser designado por el órgano de **dirección de la empresa**, (b) que cuente con personal, medios y facultades para cumplir su **función**, (c) que sea autónomo respecto a los accionistas, órganos de dirección y de administración (con excepción de las pequeñas o medianas empresas en los que dicha función puede ser ejercida por los órganos de dirección); (ii) medidas preventivas de la criminalidad que tengan por objeto (a) identifique los riesgos de criminalidad, (b) reconocer los procesos que permitirán a los empleados de la empresa prevenir dichos riesgos, (c) introduzca mecanismos de supervisión de los recursos económicos que podrían ser utilizados en la comisión de delitos, e (d) introducción de mecanismos de favorecimiento de la sanción de los comportamientos que supongan la infracción de las normas de prevención a través de la denuncia, la protección del denunciante y la sanción efectiva del infractor (*whistleblowind*); y, (iii) medidas de supervisión de difusión del modelo de prevención de criminalidad intraempresarial.

Estas condiciones de calificación de un **programa de cumplimiento efectivo** son aún tan difusas que el propio Proyecto PE deriva a un **Reglamento** el desarrollo y precisión de "los elementos y requisitos necesarios para la implementación de un modelo de prevención" y propone (no como condición para la invocación de la eximente) la certificación de la implementación del sistema de prevención de la criminalidad a través de terceros acreditados en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual (Indecopi). Estas circunstancias —reenvío normativo y certificación a través de terceros acreditados por Indecopi— dan cuenta, por un lado, del

(17) Que según el propio Proyecto PE pueden ser eficacia parcial en caso de acreditación parcial de la implementación del sistema de prevención de criminalidad intraempresarial.

desconocimiento del legislador penal del modo en que funcionan los sistemas de prevención de la criminalidad⁽¹⁸⁾ y, por otro lado, del carácter casuístico del cumplimiento normativo.

La fórmula planteada por el Proyecto PE –introducción expresa de la implementación efectiva de programas de cumplimiento como circunstancia eximente– permite superar las discusiones planteadas en aquellas legislaciones –como la española, antes de la reforma del CP operada mediante Ley Orgánica 01/2015 del 30 de marzo a entrar en rigor el 1 de julio de 2015⁽¹⁹⁾– en las que se no hacía una declaración expresa de los efectos del *compliance* en la RPPJ.

En el Proyecto NCP se aprecia la incorporación de una cláusula similar a la comprendida en el artículo 31 bis del CP español en virtud de la cual se incorpora como circunstancia atenuante la implementación espontánea de “medidas espontáneas de control que le permitan evitar en el futuro la comisión de nuevos delitos en el ejercicio de su actividad” (art. 75). El texto del Proyecto NCP deja sin explicación qué tipo de medidas de control habilitan la atenuación de responsabilidad en la persona jurídica y si la imposición de dichas medidas de forma previa a la realización del hecho delictivo determina la exclusión de responsabilidad.

V. AUTONOMÍA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL INDIVIDUAL Y LA CORPORATIVA

La RPPJ no excluye la responsabilidad penal de las personas naturales que han intervenido en el hecho punible. Esta regla, común en la legislación comparada, se encuentra reconocida en las diversas propuestas legislativas peruanas de RPPJ.

(18) El hecho de atribuir competencia en la acreditación de las empresas certificadoras al Indecopi, cuya función natural está asociada a la protección del consumidor y de la propiedad intelectual.

(19) En efecto, en la medida que el texto legal español establece efectos de atenuación de RPPJ a los casos de implementación de *compliance programs* con posterioridad a la comisión del delito, se discutía si era posible proponer efectos eximentes de RPPJ en aquellos casos en los que los programas de cumplimiento normativo fueron implementados antes de la comisión del delito. Las modificaciones más significativas al CP español de 1995 pueden observarse en: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Código Penal. Edición actualizada al 1 de julio de 2015*, Editorial Técnica Avicam, Granada, 2015.

El Proyecto PE señala (art. 3) que “La responsabilidad de las entidades reguladas por la presente ley es autónoma respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales”.

Con mejor redacción, el Proyecto NCP señala que: “La responsabilidad penal de la persona jurídica es independiente de la individualización, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no repercuten en la responsabilidad penal de las personas jurídicas (...)”. Es notoria en este aspecto la influencia de la legislación penal española⁽²⁰⁾ que tiene el mérito de introducir mayores variables que facilitarán la labor de aplicación forense de la norma.

VI. EL REGISTRO DE PERSONAS JURÍDICAS PENALMENTE RESPONSABLES

Tanto el Proyecto PE como el Anteproyecto CAN proponen la creación de un registro de personas jurídicas responsables. En este registro, de carácter público, se deben inscribir las medidas impuestas a las personas jurídicas encontradas penalmente responsables.

El Proyecto PE dispone que cumplida la medida, corresponde la exclusión de la persona jurídica del registro. Con esto se superan las objeciones que se formulaban al Anteproyecto CAN que no preveía límites temporales a la permanencia de una persona jurídica penalmente responsable en el registro.

(20) Artículo 31-B del CP español:

“2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente”.

Ahora, es de observar que aunque la inscripción en el registro no constituye strictu sensu una de las penas previstas para la persona jurídica, tiene innegables efectos de prevención intimidatoria asociados a los efectos reputacionales –y su impacto financiero– generados sobre la persona jurídica.

VII.A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LOS RETOS DE LA INTRODUCCIÓN DE LA RPPJ

Aunque los planteos formulados en este breve trabajo constituyen tan solo una visión inicial respecto a los devaneos por introducir la RPPJ en la legislación penal peruana, han servido para reconocer lo que considero el reto principal de cualquier legislación que pretenda introducir cláusulas de RPPJ.

Los criterios fundamentadores de la RPPJ en los proyectos nacionales más recientes (el Proyecto PE y el Proyecto NCP) tienen, como sostiene Caro Coria, más de *management* que de dogmática jurídico penal⁽²¹⁾. Si los programas de cumplimiento –cuya implementación efectiva tiene reconocidos efectos eximentes– constituyen una especie de escudos protectores de la RPPJ⁽²²⁾ y, debido a ello, resultará que la defensa legal por antonomasia de una empresa imputada será la de sostener que implementó un programa de cumplimiento y que este además fue eficaz, surge la interrogante natural ¿Están preparados los jueces y fiscales nacionales, que se dedican mayoritariamente a resolver casos propios del Derecho Penal convencional, para enfrentar este tipo de casos? ¿Están preparados los jueces o fiscales para hacer frente a categorías que guardan relación con la organización y gestión de los negocios?

Aunque puede sostener que este cuestionamiento se supera a través de la creación de una jurisdicción especializada, la realidad forense –que permite reconocer una serie de subsistemas especializados (fiscalías y juzgados anti-corrupción, fiscalías especializadas en lavado de activos y pérdida de dominio, fiscalías contra el crimen organizado, etc.)– no permite ser demasiado

(21) Conferencias pronunciadas por el profesor Dino Carlos Caro Coria el 26 y 27 de mayo de 2015 en las Universidades de Granada y Sevilla (España), respectivamente.

(22) En tono crítico: SCHÜNEMANN, Bernd. “La responsabilidad penal de las empresas y sus órganos directivos en la Unión Europea”, traducción de Mariana Sacher, en: BAJO FERNÁNDEZ, Miguel (dir.). *Constitución Europea y Derecho Penal económico*. Editorial Universitaria Ramón Areces, 2006, p. 154.

optimista sobre su capacidad de rendimiento. Basta con recordar cómo el Acuerdo Plenario N° 7-2009 sobre “Persona Jurídica y Consecuencias Jurídicas” reconoce como causa de la inaplicación de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica a la incapacidad de los órganos de administración de justicia penal de imponerlas a falta de un mecanismo procesal expresamente previsto para la persona jurídica. Esos mismos Tribunales y Fiscalías que no fueron eficientes en la aplicación de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas difícilmente podrán ser capaces de enfrentarse a la RPPJ.