

INCORPORACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD AUTÓNOMA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL DICTAMEN SOBRE EL NUEVO CÓDIGO PENAL: ¿AHORA SÍ NECESITO UN CRIMINAL COMPLIANCE?

INCORPORATION OF THE AUTONOMOUS LIABILITY OF CORPORATE BODIES IN THE OPINION ON THE NEW CRIMINAL CODE: DO I NEED NOW A CRIMINAL COMPLIANCE?

Carmen Ruiz Baltazar*

Estudio Ehecopar, asociado a Baker & McKenzie International

Walter Palomino Ramírez**

Estudio Oré Guardia Abogados

Currently, different legal systems are starting to demand criminal responsibility of corporate bodies. The Opinion on the New Criminal Code, prepared by the Justice and Human Rights Commission of the Congress of the Republic of Peru, follows this trend, proposing an exemption from liability in case the corporate body counts with a criminal compliance.

Given this situation, in this article, the authors answer the arising questions: what does criminal compliance stand for? What are the accessory consequences of the criminal liability of corporate bodies in our current legislation? What are the novelties that the Opinion on the New Criminal Code introduces?

KEY WORDS: Criminal Law; criminal compliance; criminal liability of corporate bodies; risk management; good corporate governance; accessory consequences.

Actualmente, diversas legislaciones están comenzando a exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El Dictamen del Nuevo Código Penal, elaborado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, sigue esta corriente, planteando la excepción de responsabilidad en el caso de contar con un criminal compliance.

Frente a tal realidad, los autores responden a las cuestiones que surgen: ¿en qué consiste el criminal compliance? ¿Cuáles son las consecuencias accesorias de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en nuestra actual legislación? ¿Qué novedades trae la propuesta del Dictamen del Nuevo Código Penal?

PALABRAS CLAVE: Derecho Penal; criminal compliance; responsabilidad penal de personas jurídicas; gestión de riesgos; buen gobierno corporativo; consecuencias accesorias.

* Abogada. Asociada del Estudio Ehecopar, asociado a Baker & McKenzie International. Contacto: carmen.ruiz@bakermckenzie.com.

** Abogado. Estudios de Maestría en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios de especialización en compliance y buenas prácticas corporativas por la PUCP y por la Universidad Católica de Chile. Certificación Anti Lavado de Dinero Nivel Asociado (AMLCA) por Florida International Bankers Association en asociación con Florida International University (en curso). Integrante del Instituto de Ciencia Procesal Penal (INCIPP). Asistente académico y de litigio en Estudio Oré Guardia. Contacto: wpalomino@pucp.pe.

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, en distintos países se están realizando reformas legislativas, con la finalidad de exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Se parte de la idea de que las empresas, al ocupar un importante rol en la sociedad moderna, no solo se presentan como centros de generación de una gran cantidad de riesgos, sino que, dadas sus estructuras especialmente complejas, se las ve más que como una simple suma de sujetos individuales, como un “todo” que incide directamente en la estabilidad del sistema.

Desde esa perspectiva, se busca no solo sancionar a los sujetos individuales que se encuentran detrás de la persona jurídica –directivos, gerentes, línea operativa–, sino a la empresa misma en función a ciertas consideraciones de carácter político-criminal que pondrían de manifiesto que la pena a los miembros de la empresa resulta insuficiente en términos de prevención o mantenimiento de la vigencia del orden normativo¹.

En nuestro país, semejante idea ha tenido eco en el Dictamen del Nuevo Código Penal, aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República², que busca incorporar –por primera vez– en nuestra legislación la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas³, estableciendo como medidas aplicables: (i) la multa; (ii) disolución; (iii) clausura; e, (iv) inhabilitación de la empresa. La única exención de responsabilidad expresamente indicada consiste en la adopción e implementación voluntaria, por parte del ente corporativo, y con anterioridad a la comisión del delito, de un modelo de prevención o sistema de cumplimiento normativo en sintonía con los riesgos, necesidades y características del negocio.

En ese sentido, a primera vista, todo parecería indicar que existe una estrecha relación o vinculación entre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la autorregulación expresada a través de la implementación de un *criminal compliance*; es

decir, de un sistema de cumplimiento normativo que tenga por objeto la contención de riesgos de infracción legal. Su diseño y ejecución serían imprescindibles para un desenvolvimiento de la empresa, libre de la imposición de multas y sanciones, así como del daño reputacional y las negativas consecuencias económicas que la investigación por un hecho ilícito de carácter penal ocasiona.

Así las cosas, podría pensarse que la implementación de un *criminal compliance* únicamente tendría sentido en un país en donde la legislación responsabilizase directamente a la persona jurídica (*societas delinquere potests*) y no en uno como el nuestro, en donde se considera que las personas jurídicas no tienen capacidad delictiva, pero donde sí es posible que se les imponga, en el marco de un proceso penal, determinadas medidas específicas o consecuencias accesorias con la finalidad de impedir la comisión de nuevos delitos (*societas delinquere non potest*).

Nosotros, por el contrario, somos de la idea de que no es necesaria la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica para que una empresa se beneficie de la implementación de normas internas que aseguren el cumplimiento de las reglas legales vigentes y, de ese modo, se aleje de la imposición de consecuencias accesorias basadas en la peligrosidad de su organización.

Dicho ello, pretendemos brindar ciertos alcances sobre la incorporación del *criminal compliance* al interior de una empresa o persona jurídica inserta tanto en un sistema legal que la responsabiliza directamente como en uno que, al no reconocerle capacidad delictiva, le atribuya medidas calificadas como consecuencias accesorias.

En resumen, en el presente trabajo, defendemos la idea de que una eficaz gestión de riesgos que evidencie la falta de involucramiento del ente colectivo en el hecho punible coadyuvaría a la no aplicación de sanciones⁴ a la persona jurídica o, en todo caso, a una considerable atenuación de las

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: Revista de Estudios de la Justicia 16. 2012. p. 56.

En: http://www.derecho.uchile.cl/cej/docs_2/GARCIA%20CAVERO.pdf.

² Disponible en: <http://www.minjus.gob.pe/dictamen-del-nuevo-codigo-penal/>

³ Si bien la responsabilidad penal de las personas jurídicas será aplicable en un único tipo penal –el cohecho activo internacional–, manteniéndose vigente el principio *societas delinquere non potest* para todos los demás casos, lo cierto es que el *criminal compliance* se presenta como un instrumento adecuado para la prevención de los riesgos propios del giro del negocio. Así, dependiendo del objeto de la empresa, coadyuvará a la prevención e identificación de los riesgos de infracción legal de ilícitos como el lavado de activos, de corrupción de funcionarios, tributarios, contra el medio ambiente o, incluso, al de atentado contra las condiciones de seguridad en el trabajo. Su utilidad, como expondremos en el presente trabajo, no se limitará a la implantación de un sistema legal que responsabiliza directamente a la persona jurídica.

⁴ Al referirnos a sanciones queremos abarcar tanto el concepto de consecuencias accesorias como el de penas directas a imponerse a la persona jurídica.

mismas si es que el programa de cumplimiento se implementó con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

II. ¿QUÉ ES EL CRIMINAL COMPLIANCE?

La prevención de los riesgos de infracción legal provocados por la inadecuada gestión organizativa de una empresa es un tema de sumo interés, no solo para la dogmática penal –a partir de la creación de estructuras de imputación individual hasta la elaboración de teorías sobre la propia responsabilidad penal de las personas jurídicas–, sino también para la política criminal ya que, como se sabe, el Estado no puede dejar de intervenir ante el riesgo de afectación de importantes bienes jurídicos.

En ese sentido, dada la compleja estructura que normalmente presentan las empresas, se plantea la cuestión de cómo se ha de controlarlas en aras de asegurar una gestión adecuada de los riesgos que generan. Una opción, que hoy está en boga, consiste en el desplazamiento progresivo de los deberes de vigilancia por parte del Estado hacia las propias empresas⁵.

En otras palabras, partiendo de la idea que el Estado no se encuentra en la mejor posición para regular complejas organizaciones empresariales, sino que solo puede aspirar –dada la escasez de recursos– a ejercitar algún grado de control sobre el contexto y las circunstancias en las que distintas empresas interactúan entre sí, se implanta un modelo basado en la “autorregulación”.

A decir de García Cavero, de ese modo se advierte que el aseguramiento de la vigencia efectiva de la regulación legal deja de estar en las manos exclusivas del Estado para pasar a la empresa, que se comporta como un colaborador activo en el mantenimiento de la identidad normativa de la sociedad⁶, a través del establecimiento de normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales.

Asimismo, Wellner señala que “el propósito de un programa de cumplimiento, diseñado para la reducción de penas, es proveer a las empresas de un

incentivo de auto regulación, y, por tanto, aliviar la actividad reguladora y de prevención del delito por parte del Estado”⁷.

En lo que se refiere a nuestro medio, cabe advertir, por ejemplo, que desde el año 2002 una serie de instituciones públicas han venido imponiendo ciertos “Principios del Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades Peruanas”, que se elaboraron sobre la base de los “Principios de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico”, los cuales son observados por empresas de los más variados giros, como mineras, bancos y financieras, etcétera.

Es más, en el año 2013, se publicó el Código de Buen Gobierno Corporativo para las sociedades peruanas, cuyo Principio 25 indica lo siguiente:

“El Directorio aprueba una política de gestión integral de riesgos de acuerdo con el tamaño y complejidad de la sociedad; define roles, responsabilidades y líneas de reporte que correspondan; y promueve una cultura de riesgos al interior de la sociedad, desde el Directorio y la Alta Gerencia hasta los propios colaboradores. En el caso de los grupos económicos, dicha política alcanza a todas las empresas integrantes del grupo y permite una visión global de los riesgos críticos.

La Gerencia General supervisa periódicamente los riesgos a los que se encuentra expuesta la sociedad y los pone en conocimiento del Directorio. El sistema de gestión integral de riesgos permite la identificación, medición, administración, control y seguimiento de riesgos.

El Directorio de la sociedad es responsable de la existencia de un sistema de control interno y externo, así como de supervisar su eficacia e idoneidad. Para tal efecto, constituye un Comité de Auditoría”.

Desde dicha perspectiva, se advierte que el aseguramiento de las exigencias legales no solo descansa en el Estado, sino también en la propia empresa, que al incorporar normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales, se comporta como un colaborador

⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “Aspectos sustantivos relativos a la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: “Responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales”. Madrid: La Ley. 2011. p. 30.

⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. “Compliance y lavado de activos”. En: CARO CORIA, Carlos y Luis Miguel REYNA ALFARO. “Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Actas del I foro de Compliance y Prevención del lavado de activos y del Financiamiento del terrorismo”. Lima: CEDPE. 2013. p. 43.

⁷ WELLNER, Philip A. “Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions”. En: *Cardozo Law Review* 27. 2005-2006. p. 498. Traducción libre de: “The purpose of the compliance program sentence downgrade structure is to provide corporations with an incentive to self-police, thereby alleviating some of the regulatory burden of crime deterrence from the state”.

En: <http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>.

activo; es decir, como un buen ciudadano corporativo que cuenta con una organización interna orientada a la prevención del delito y, en ese sentido, a evitar su utilización para la realización de actividades delictivas.

La idea de buen gobierno corporativo reconoce, entonces, la difícil capacidad de rendimiento de los controles estatales directos sobre las empresas, frente a lo cual propone un esquema distinto, que va más allá de las meras declaraciones éticas: se defiende la idea de la autorregulación a través de la adopción de normas internas que sirvan para la prevención y detección de ilícitos y, de ese modo, de complemento a la función normativa del Estado.

De acuerdo a Gómez-Jara Díez, como núcleo de la concepción del ciudadano corporativo fiel al Derecho se pueden señalar, sin dudas, a los programas de cumplimiento efectivo –*compliance programs*–, los cuales fungen como indicadores de dicha cultura corporativa de cumplimiento del Derecho⁸. Ello supone que las empresas cuenten con una organización interna orientada a la prevención del delito, de manera que cumplan con sus deberes de colaboración y eviten ser utilizadas para actividades delictivas.

Todo lo mencionado da pie a lo que se ha denominado *compliance*, es decir, a un sistema de cumplimiento normativo cuya finalidad es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales. El término puede caracterizarse en función del específico ámbito jurídico en el que repercute; de manera que, si lo que se procurase fuese la observancia específica de la normativa penal, se le llamará *criminal compliance*.

Cabe indicar que, si bien la regla general es la voluntariedad en la adopción de un *criminal compliance*, el legislador puede exigir a cierto tipo de empresas la adopción de un sistema de cumplimiento normativo con reglas específicas con relación a ciertos riesgos penalmente relevantes que se pueden originar por determinadas actividades comerciales que se desarrollan como parte del negocio⁹.

La finalidad del *compliance* es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales, y presenta dos objetivos diferenciables:

- **Función de prevención:** Se procura evitar la realización de conductas infractoras de la ley.
- **Función de confirmación del Derecho:** Si las infracciones penales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes.

Ahora bien, cabe indicar que la conformación del *compliance* en la empresa es un procedimiento complejo que requiere de una serie de pasos que deben seguirse: (i) la formulación del programa de cumplimiento; (ii) implementación del sistema de cumplimiento normativo; y, (iii) consolidación o mejoramiento del programa de cumplimiento.

En definitiva, desde distintos sectores de opinión, se destaca la idea de que el *criminal compliance* es el medio más eficaz para influir en la política de la empresa, pues su ventaja, en comparación con la intervención estatal, se observa en que ésta se encuentra inserta en diversas técnicas y especializaciones de la economía moderna, que son mejores que las regulaciones administrativas. La autorregulación, en ese sentido, se adapta más fácilmente a las particularidades de la empresa.

Finalmente, es importante identificar, a fin de determinar los efectos de la implementación de un sistema de cumplimiento, cuándo éste se entiende útil o eficaz. Para ello, y dado que en nuestro medio no existe, por ahora, un parámetro normativamente establecido con dicho propósito, proponemos tener en cuenta, de modo referencial, los lineamientos para sentencias de los Estados Unidos emitidos por las Cortes Federales [United States Federal Sentencing Guidelines, en adelante Sentencing Guidelines]¹⁰.

⁸ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. Óp. cit. p. 32.

⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. "Compliance y lavado de activos". Óp. cit. p. 45.

¹⁰ Los "*Sentencing Guidelines*" son reglas no vinculantes cuya finalidad es establecer una política de determinación de penas uniforme para las Cortes Federales. Estas reglas no son obligatorias porque se entendió que ello supondría una vulneración al principio de probar más allá de toda duda razonable, violando la Sexta Enmienda [*United States v. Booker*, 543 U.S. 20 (2005)]. Sin embargo, los jueces se encuentran obligados a motivar los casos en los que se aparten de estos lineamientos. En: https://www.law.cornell.edu/wex/federal_sentencing_guidelines.

"The Federal Sentencing Guidelines are non-binding rules that set out a uniform sentencing policy for defendants convicted in the United States federal court system that became effective in 1987. The Guidelines provide for «very precise calibration of sentences, depending upon a number of factors. These factors relate both to the subjective guilt of the defendant and to the harm caused by his facts». *Payne v. Tennessee*, 501 U.S. 808, 820 (1991).

Así, el Capítulo 8 de los Sentencing Guidelines¹¹ se refiere a las penas de las empresas –Sentencing of Organizations–, y señala, entre otros, lo siguiente:

“Un programa de cumplimiento «efectivo» es un mecanismo interno implementado por las empresas para detectar y prevenir que las conductas criminales ocurran dentro de ella. Dichos programas operan continuamente a lo largo de la empresa. Aunque la empresa pueda adaptar el programa a la dimensión única de una división específica de la empresa, éste debe un ser un programa amplio y profiláctico que anticipe, detecte y prevenga cualquier actividad criminal que pueda ocurrir.

Para tener un programa de ética y de cumplimiento efectivo, una empresa debe: (1) tener la diligencia debida para prevenir y detectar la conducta criminal y (2) promover una cultura organizacional que motive una conducta ética y de compromiso con el cumplimiento de la ley. Dicho programa de ética y cumplimiento debe ser razonablemente diseñado, implementado y vinculante de modo que el programa sea efectivo para prevenir y detectar delitos. El fracaso en detectar y prevenir el instante del crimen no necesariamente significa que el programa es, en líneas generales, inútil en su finalidad”.

Asimismo, vale acotar que el Pre Dictamen del Nuevo Código Penal propone en su artículo 141 lineamientos generales sobre el contenido mínimo de un sistema de cumplimiento adecuado:

Artículo 141.- “Modelo de prevención [...]”

2. El modelo de prevención debe contener como mínimo los siguientes elementos:
 - a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

- b. Medidas preventivas referidas a:
 - i. La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos.
 - ii. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en éstos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos.
 - iii. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas.
 - iv. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.
- c. Un mecanismo de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención”.

III. SANCIONES APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS Y CRIMINAL COMPLIANCE

Como se indicó líneas arriba, la capacidad de responsabilidad penal de la persona jurídica es un tema ciertamente complejo y, por ello, mismo ampliamente discutido en muchas legislaciones. No son pocos los países que expresan en sus normas internas la idea de que las personas jurídicas no tienen capacidad delictiva, pero sí es posible imponérselos, en el marco de un proceso penal, determinadas medidas específicas o consecuencias accesorias con la finalidad de impedir la comisión de nuevos delitos.

De este modo, en doctrina, cuando se habla de las “consecuencias accesorias” aplicables a la persona jurídica, se relaciona ésta y la discusión sobre su naturaleza, con la responsabilidad penal de la empresa, de modo tal que la posición respecto de si éstas medidas son verdaderas penas o sanciones administrativas dependerá de si el autor considera posible, o no, que la empresa pueda ser respon-

The Guidelines are not mandatory, because they may result in a sentence based on facts not proven beyond a reasonable doubt to a jury, in violation of the Sixth Amendment. *United States v. Booker*, 543 U.S. 20 (2005). However, judges must consider them when determining a criminal defendant's sentence. When a judge determines within his or her discretion to depart from the Guidelines, the judge must explain what factors warranted the increased or decreased sentence. When a Court of Appeals reviews a sentence imposed through a proper application of the Guidelines, it may presume the sentence is reasonable”.

¹¹ Traducción libre del Capítulo 8 de los “Sentencing Guidelines”. La versión original puede verse en: <http://www.ussc.gov/guidelines-manual/guidelines-manual>.

sable penalmente¹². El aspecto central a tener en cuenta de cara a la aplicación de esas medidas es que se haya cometido un hecho punible o delito y, como consecuencia de ello, la emisión de una sentencia condenatoria contra el autor del delito.

Otro sector de opinión, en cambio, considera que el sistema penal no solo debería sancionar a los sujetos individuales que se encuentran detrás de la persona jurídica –directivos, gerentes, línea operativa– ni hacer depender de ello la imposición de medidas en contra de la persona jurídica. Esto, principalmente, en función a consideraciones de carácter político-criminal que ponen de manifiesto que la pena a los miembros de la empresa resulta insuficiente en términos de prevención o mantenimiento de la vigencia del orden normativo¹³.

Se advierte, desde esa perspectiva, la necesidad de imponer sanciones penales a la propia persona jurídica y no únicamente medidas o consecuencias accesorias. Precisamente, a través del artículo 131, el Proyecto de Ley sobre el nuevo Código Penal acoge tal idea al indicar que “la responsabilidad de la persona jurídica es independiente de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito [...]”.

A continuación, expondremos con mayor detalle tanto el conjunto de medidas específicas o consecuencias accesorias que actualmente se imponen a las personas jurídicas, así como también el presupuesto y fundamento para la aplicación directa de penas que –de aprobarse la propuesta legislativa sobre el nuevo Código Penal– se impondrían a la persona jurídica en caso se demuestre que su distanciamiento de los estándares de la industria o sector de actividad ha provocado un riesgo intenso de infracción penal –defecto de organización–, que se ha materializado en un resultado lesivo que expresa precisamente la creación o mantenimiento de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad¹⁴.

A. La regulación de la imposición de consecuencias accesorias en el Código Penal

El Código Penal peruano impone determinadas medidas específicas o consecuencias accesorias

con la finalidad de impedir la comisión de nuevos delitos. Así, a través de sus artículos 102, 103, 104, y 105, se establecen un conjunto de consecuencias aplicables a las personas jurídicas en aquellos casos en que se detecte una estructura organizativa que favorezca u oculte la comisión de futuros hechos delictivos.

Tal orientación legislativa también se presenta en leyes penales especiales como lo son la Ley Penal Tributaria, la Ley de Delitos Aduaneros y la Ley de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado. En todas ellas, las medidas a imponerse pueden oscilar entre la suspensión de actividades, la intervención de la empresa, el cierre de la fábrica e, incluso, la disolución y liquidación de la persona jurídica.

Un aspecto en común en dichas medidas es que ninguna de estas es formalmente una pena o una medida de seguridad, ni mucho menos un criterio o concepto que se integre en la reparación civil por el daño producido. Al respecto, Zúñiga indica que “debe resaltarse que el fundamento de las consecuencias accesorias del [artículo] 105 [del Código Penal] es preventivo (general y especial) y no reparador [,] lo cual las acerca a las sanciones punitivas”¹⁵ [el agregado es nuestro].

Otra idea que también se desliza de dicho conjunto de medidas es que, valga la obviedad, se caracterizan por ser accesorias; es decir, que dependen de la existencia de un injusto penal principal, sin el cual no sería posible imponerlas.

También es importante tomar en cuenta que, mientras que el artículo 104 se refiere a la responsabilidad civil subsidiaria que afrontará la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal, el artículo 105 trata, en específico, sobre las sanciones que se aplicarán a tales entes colectivos.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario 7-2009 emitido por la Corte Suprema indicó cuáles serían los presupuestos de aplicación de la consecuencia accesoria en el fundamento 14 cuando dice que: “Del

¹² ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. “Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas en el artículo 105 CP, a más de quince años de su vigencia”. En: HURTADO POZO, José (Editor). “Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal”. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 2009. pp. 493 y siguientes.

¹³ GARCÍA CAVERO, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Óp. cit. Loc. cit.

¹⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español”. En: PASTOR MUÑOZ, Nuria (Coordinadora) y Jesús María SILVA SÁNCHEZ (Director). “El nuevo Código Penal. Comentarios a la reforma”. Madrid: La Ley. 2012. p. 75.

¹⁵ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Óp. cit. p. 498.

citado artículo es posible señalar que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente: A. Que se haya cometido un hecho punible o delito. B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito”.

Respecto de la exigencia de la verificación de delito, ésta es evidente pues se trata de la premisa que justifica no solo la imposición de una sanción, sino el inicio del proceso penal. Con relación a la utilización de la persona jurídica para “realizar, favorecer o encubrir” el delito, consideramos que ello es reflejo del sistema de responsabilidad penal individual, pues presume la utilización de la empresa como una suerte de instrumento, que es manipulada por sus miembros y que por lo tanto no realiza, por sí misma, una conducta lesiva.

En ese sentido, la aplicación de consecuencias accesorias sería el producto de haber verificado que ha servido para “realizar, favorecer o encubrir” el delito. Sobre este punto, consideramos que esta premisa, si bien es coherente con nuestro sistema de imputación penal, no es la más acertada, pues las consecuencias accesorias son medidas graves que no solo afectan el funcionamiento de la empresa, sino también a terceros, y que por lo mismo debería recubrírseles del conjunto de garantías que goza toda medida sancionatoria al interior del sistema penal.

Posiblemente, la incorporación de distintas disposiciones a través del Código Procesal Penal de 2004 –artículos 90, 91, 92 y 93– con el objeto de regular lo referente a la inclusión de la persona jurídica en el proceso, sea una manera de dotar de garantías a la imposición de una medida evidentemente gravosa. En efecto, el propio artículo 90 del mencionado cuerpo legislativo indica que “las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en los artículos 104 y 105 del Código Penal, deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancia del fiscal”.

Asimismo, para la aplicación de las consecuencias accesorias se exige la emisión de una sentencia condenatoria contra el autor del delito. Ello es ciertamente tan interesante como problemático, pues el Acuerdo Plenario no requiere una mera identificación de un posible autor, sino que va

más allá y exige una condena, lo que genera –por lo menos– un problema, el cual es la duda de qué pasaría en aquellos casos donde no pudo llegarse a la condena pero es clara la utilización de la persona jurídica como un medio para delinquir, favorecer o encubrir un delito; lo que, ciertamente, podría conducirnos a un panorama de impunidad.

Ahora bien, como indicáramos en los párrafos precedentes, al sostenerse que la legitimidad de la aplicación de las consecuencias accesorias exige que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, principalmente por mostrar graves defectos de organización o de deficiente administración de riesgos, se esclarece que el fundamento de su imposición radica en la peligrosidad de su organización¹⁶; la misma que es fuente para el juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos.

Así las cosas, los presupuestos para la imposición de las consecuencias accesorias se encontrarán en función de evitar o eliminar una situación de peligro o una alta exposición al riesgo futuro de infracción legal. Por esto, se requiere no solo de un hecho principal consistente en la realización, por parte de un individuo, de un delito en el ejercicio de la actividad de la empresa o la instrumentalización de la organización de la misma para favorecerlo o encubrirlo; sino que se exige también un juicio de prognosis sobre la probabilidad de que se comenten futuros hechos delictivos a través o con ayuda de la persona jurídica¹⁷.

Lo indicado, sin embargo, no debe entenderse en el sentido de que el criterio de imputación consistente en la utilización de la persona jurídica en la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito sea menos importante; todo lo contrario, es el “criterio de imputación fundamental a partir del cual se individualiza la aplicación de la consecuencia accesoria. En este contexto, es de precisar que la intervención precedente, concurrente o posterior en el delito de la persona jurídica constituye una exigencia procesal y un objeto de prueba. Por tanto en el proceso penal debe acreditarse y precisarse el nivel de oportunidad en los cuales la persona jurídica se implicó en la realización del hecho punible. En consecuencia, debe comprobarse las actividades y niveles de organización de la persona jurídica que sirvieron o favorecieron la producción u ocultamiento del delito”¹⁸.

¹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho penal. Parte general”. Segunda edición. Lima: Jurista Editores. 2012. p. 931.

¹⁷ Ibid. p. 936.

¹⁸ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. “Manual de Derecho penal. Parte general”. Cuarta Edición. Lima: IDEMSA. 2011. p. 462.

En pocas palabras, para la imposición de una consecuencia accesoria “la persona jurídica debe estar organizada de una forma tal que permita, favorezca o encubra la realización de hechos delictivos futuros (por ejemplo, la existencia de una planta contaminante o la creación de las llamadas sociedades fachada). Es importante destacar que se trata de una peligrosidad objetiva que, por lo tanto, no necesita determinar quién es el competente por esa situación de peligrosidad”¹⁹.

Al respecto, puede advertirse que la incorrecta organización del ente corporativo, esto es, su deficiente administración de riesgos, será el criterio clave para la posterior utilización de la persona jurídica en la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. Por esto, una eficaz gestión de riesgos que evidencie la falta de involucramiento del ente colectivo en el hecho punible coadyuvaría a la no aplicación de sanciones –consecuencias accesorias– a la persona jurídica o, en todo caso, a una considerable atenuación de las mismas si es que el programa de cumplimiento se implementó con posterioridad a la comisión del hecho delictivo.

Ello se explicaría a razón de que tal empresa no mostraría una cultura corporativa criminógena, sino una de cumplimiento con la legalidad que se materializa a través de la implantación de controles preventivos y post delictivos en la empresa que ayudan tanto a evitar los delitos, como a descubrir y comunicar aquellos que se habrían realizado aisladamente, pero que de ningún modo reflejan la falta de gestión de los riesgos propios del giro del negocio.

Otro aspecto a tomar en cuenta es el criterio de proporcionalidad que debe regir de cara a la imposición de una consecuencia accesoria, pues dicha medida no debe ser inidónea ni innecesaria de cara a la finalidad que se busca obtener –evitar la comisión futura de nuevos hechos delictivos–, como tampoco puede ser expresión de un desequilibrio manifiesto o irrazonable entre la medida impuesta y la finalidad de la norma. El Acuerdo Plenario 7–2009/CJ–116, en el Fundamento Jurídico 17, también acoge dicha idea:

“Es pertinente destacar que por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso. En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso *sub judice* y según los criterios de determinación anteriormente detallados. Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición”.

Sobre la base de todo lo indicado, puede observarse que la implantación de un modelo de prevención de ilícitos de carácter penal –*criminal compliance*– basado en la adopción o establecimiento de normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales, servirá como un invaluable indicador de la cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho que guía a la empresa, encargándose de mitigar los riesgos de infracción legal de las empresas al punto de que no sea posible sostener –al interior de un proceso penal– la existencia de una intensa peligrosidad objetiva de la organización empresarial.

A su vez, esto también se corresponde con lo previsto en el Fundamento Jurídico 16 del mencionado Acuerdo Plenario, en donde se señala, dentro de un conjunto de reglas²⁰, que el prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas es un elemento a tomarse en cuenta en todo proceso de determinación judicial de las consecuencias accesorias, sirviendo en tales supuestos el *criminal compliance* como un atenuante de la media a imponerse si es que se implementó con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, en vista de que, precisamente, esa es una de sus principales características.

¹⁹ GARCÍA CAVERO, Percy. “Derecho penal. Parte general”. Óp. cit. Loc. cit.

²⁰ El Fundamento Jurídico 16 del Acuerdo Plenario 7–2009/CJ–116 señala el siguiente conjunto de reglas:

- A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
- B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.
- C. La gravedad del hecho punible realizado.
- D. La extensión del daño o peligro causado.
- E. El beneficio económico obtenido con el delito.
- F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
- G. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

Además, un punto importante a tomar en cuenta es que las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal –clausura de locales de forma temporal o definitiva, disolución y liquidación de la sociedad, suspensión de actividades, y prohibición de realizar actividades de la clase de aquellas por las cuales se cometió, favoreció o encubrió el delito– responden a distintos contextos, presentan una composición variada y un grado de afectación igualmente diverso.

La más intensa de todas esas medidas es la disolución de la persona jurídica que, como comenta el juez supremo Prado Saldarriaga, debería aplicarse a las llamadas personas jurídicas de fachada o de papel, toda vez que estas “carecen de propósito social lícito y real; por el contrario, detrás de su constitución formal y de su operatividad aparente, se ocultan acciones destinadas a favorecer o encubrir delitos y organizaciones criminales. Toda la organización de la empresa, en particular a nivel de instancias más elevadas y de mandos medios tiene una tendencia colectiva de carácter delictuoso”²¹.

También debe ponerse especial atención en que la aplicación de cualquiera de las medidas previstas como consecuencias accesorias tiene que encontrarse debidamente razonada y fundamentada en la sentencia, respondiendo, en ese sentido, a la constatación y correcta evaluación de la peligrosidad objetiva; es decir, “la probabilidad latente de que la persona jurídica siga como marco o medio para la realización de delitos”²².

La disposición incorporada por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30077, publicada el 20 de agosto de 2013 y vigente desde el 1 de julio del 2014, prescribe expresamente dichos criterios de cara a la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas:

Artículo 105-A.- “Criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas

Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas.
2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible.

3. La gravedad del hecho punible realizado.
4. La extensión del daño o peligro causado.
5. El beneficio económico obtenido con el delito.
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible.
7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica.

La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas”.

Bajo esa idea, cobra importancia señalar una vez más que el modelo de prevención de ilícitos de carácter penal o *criminal compliance*, basado en la adopción o establecimiento de normas internas que cumplen funciones de prevención y detección de las infracciones legales, sirve como un invaluable indicador de la cultura corporativa de cumplimiento con el Derecho que guía a la empresa, por lo que será de suma utilidad en un sistema en donde la persona jurídica, si bien no es autónomamente responsable, sí es posible que se le impongan determinadas medidas o consecuencias accesorias con la finalidad de impedir la comisión de nuevos delitos.

En pocas palabras, la implantación de controles preventivos y post delictivos en la empresa coadyuvará a la no aplicación de consecuencias accesorias o, en todo caso, a una considerable atenuación de cara a la elección de las mismas, si es que el programa de cumplimiento se implementó con posterioridad a la comisión del hecho delictivo. De lo que se trata es de evidenciar que la empresa no presenta una cultura corporativa criminógena, sino una de cumplimiento con la legalidad que se materializa a través de la implantación de controles preventivos y post delictivos en la empresa dirigidos a la adecuada gestión de los riesgos propios del negocio.

B. La propuesta de incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en la legislación peruana y el *criminal compliance*

Como advertimos en un principio, en distintos países se están realizando reformas legislativas

²¹ HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA. Óp. cit. p. 461.

²² Ibid. p. 462.

con la finalidad de exigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Lo que se busca no solo es sancionar a los sujetos individuales que se encuentran detrás de la persona jurídica –directivos, gerentes, línea operativa–, sino a la empresa misma, pues la pena impuesta a los miembros de las empresas sería insuficiente en términos de prevención o mantenimiento de la vigencia del orden normativo²³ si es que la persona jurídica presenta y mantiene una cultura empresarial caracterizada por el fomento del aprendizaje de conductas delictivas.

En ese sentido, entre los distintos países que han adoptado el sistema de responsabilidad directa de la persona jurídica podemos mencionar a España, que tras la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incluido en el artículo

31bis de su texto punitivo la responsabilidad penal de la persona jurídica²⁴.

Incluso, de acuerdo con Foffani, “el legislador italiano ha introducido por primera vez en Italia un sistema de responsabilidad de las personas jurídicas, que en el panorama del Derecho comparado presenta interesantes aspectos originales”²⁵. Si bien líneas más adelante el mismo autor señala que el legislador etiquetó tal norma como responsabilidad “administrativa”, lo cierto es que, para Foffani, “la sustancia de esta responsabilidad, su fundamento y su regulación la sitúan mucho más cerca del sistema penal que del administrativo”²⁶.

Un ejemplo cercano es el de Chile que, en virtud de la Ley 20393, publicada en el año 2009, ha es-

²³ GARCÍA CAVERO, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Óp. cit. Loc. cit.

²⁴ Artículo 31bis del Código Penal, según la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio:

- “1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, 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 las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.
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 aquéllos.
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.
4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:
- Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
 - Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades dimanantes de los hechos.
 - Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
 - Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.
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, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal”.

²⁵ FOFFANI, Luigi. “La nueva responsabilidad (¿penal?) de las personas jurídicas”. En: ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; URQUIZO OLAECHEA, José y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (Coordinadores). “Dogmática penal de Derecho penal económico y Política Criminal. Libro homenaje a Klaus Tiedemann”. Volumen I. Lima: Universidad de San Martín de Porres. 2011. pp. 107 y 108.

²⁶ Ibid. p. 108.

tablecido la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aplicable con relación a determinados delitos, así como el procedimiento para la investigación y atribución de dicha responsabilidad penal, la determinación de las sanciones procedentes y la ejecución de éstas²⁷.

Así las cosas, de lo que se trata con el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica de ningún modo es limitar la responsabilidad individual por el hecho cometido, sino todo lo contrario; se busca incrementar su efectividad, dado que la responsabilidad colectiva refuerza la individual. Simultáneamente, su finalidad consiste en que las propias personas jurídicas adopten medidas de organización que impidan la realización de hechos delictivos y, en su caso, permitan su esclarecimiento y denuncia²⁸.

Por ello mismo, una vez que se ha incorporado al ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las empresas, uno de los problemas más interesantes que surgen es determinar las posibilidades de respuesta que puede dar la organización frente a la imputación.

En efecto, por ejemplo en Chile, la normativa establece en su artículo 3 que las personas jurídicas son responsables de determinados delitos, cometidos por ciertos sujetos y con ciertas condiciones, “siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión”. Y, seguidamente, se señala en el inciso 3 de la misma norma que “se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterior-

idad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente”.

Asimismo, en el numeral tercero del artículo 6 se establece una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal de la persona jurídica cuando se adoptase, antes del comienzo del juicio, medidas eficaces para prevenir la reiteración de la misma clase de delitos objeto de la investigación; incluso, en el numeral cuarto del artículo 25, se establece como condición a la cual se encuentra sometida la persona jurídica que pretenda acceder a la suspensión condicional del procedimiento, la implementación de un programa para hacer efectivo el modelo de organización.

Igualmente sucede en España a través de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, toda vez que en el artículo 31 bis.2 se establece un modelo de exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas respecto de los hechos delictivos ejecutados en su nombre y en su beneficio por quienes están autorizados a actuar en su nombre.

Así, en el inciso 1 de la mencionada fórmula normativa se indica que la persona jurídica quedará exenta de pena si “el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”²⁹.

²⁷ Artículo 3.- “Atribución de responsabilidad penal. Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1 que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos presupuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

²⁸ BENÍTEZ ORTÚZAR, Ignacio. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en España. Breve análisis del alcance del artículo 31 bis del Código Penal, tras las reformas operadas por las leyes orgánicas 5/2010, de 22 de junio, y 1/2015, de 30 de marzo”. En: GOITE PIERRE, Mayda (Coordinadora). “Globalización, Delincuencia organizada. Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI. Libro homenaje al Dr. Juan María Terradillos Basoco”. La Habana: UNIJURIS. 2015. p. 270.

²⁹ En estricto, se señala que:

“Si el delito fuere cometido por las personas indicadas en la letra a) del apartado anterior, la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones:

1. El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión;

No le falta razón a Gómez-Jara Díez cuando señala que una necesidad no manifestada en la Exposición de Motivos de la mencionada ley española, pero que impregna la lógica del conjunto establecido, es la idea de “estimular una autorregulación de las personas jurídicas orientada hacia el cumplimiento de la legalidad. Así, el hecho de que se «premie» la institucionalización de una cultura del cumplimiento de la legalidad en las personas jurídicas, así como de una investigación del delito y la colaboración con las autoridades aportando pruebas que esclarezcan las responsabilidades, abre, sin duda, una nueva era en las relaciones entre las personas jurídicas y el Estado”³⁰.

En el Perú, como se ha mencionado líneas arriba, el Proyecto de Ley sobre el nuevo Código Penal plantea tanto la incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas en nuestra legislación, como la exigencia de responsabilidad en aquellos casos en los que adopta e implementa voluntariamente en su organización, y con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención o sistema de cumplimiento normativo en sintonía con los riesgos, necesidades y características del negocio (artículo 141).

En estricto, a través del artículo 130 del Dictamen del nuevo Código Penal, se propone la incorporación de la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas para casos de cohecho activo internacional. Al respecto, a decir de los proponentes, el motivo por el que se impulsa dicho cambio en nuestra legislación vendría a ser la frecuencia con que en **otros** países se utiliza a las empresas como “vehículos” para la realización de actos de soborno.

El impulso por establecer prontamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas se debería a que se habría detectado que tanto la compleja estructura de dichos entes como el que las operaciones comerciales sean de alcance global, y que existan una multiplicidad de niveles en el poder decisorio de gestión, provoca que se las emplee para la ejecución de ilícitos penales, ya que tales

características dificultan la atribución de responsabilidad en las personas que actúan detrás de la empresa. Por esto, se indica que el establecimiento de un régimen eficaz de responsabilidad corporativa sería una herramienta indispensable para la lucha contra la corrupción.

Así las cosas, la fórmula legal planteada es la siguiente:

- “1. Las personas jurídicas son responsables del delito previsto en el artículo 584³¹ que, en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio directo o indirecto, cometan:
 - a. Sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.
 - b. Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos.
 - c. 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 [...]”.

De plano advertimos una variación sustancial en el tratamiento que se brinda a la persona jurídica en nuestro sistema jurídico penal, lo que debería merecer un mayor y mejor análisis de cara a examinar lo acertado o no de dicho cambio de paradigma (es decir, del *societas delinquere non potest* al *societas delinquere potests*, de corte anglosajón).

No debería bastar, a nuestro criterio, con mencionar los casos ocurridos en otros países como argumento de respaldo de dicha propuesta, ya que si

2. la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiada a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica;
3. los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención y
4. no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la condición 2.

En los casos en los que las anteriores circunstancias solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena”.

³⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ. “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español”. *Óp. cit.* p. 50.

³¹ Se trata del delito de cohecho activo internacional.

bien podría ser frecuente la instrumentalización de la persona jurídica para actos de soborno, lo cierto es que, hoy en día, incluso la imposición de consecuencias accesorias a las empresas es un hecho que pocas veces ha ocurrido.

Nos da la impresión de que el escaso debate teórico sobre dicho tema en nuestro país podría generar, como sucedió en Chile³², que los cambios legislativos que se buscan realizar no encuentren una adecuada fundamentación dogmática, quebrándose la idea de que no solo es la voluntad del legislador la que ha de servir para hacer legítima la emisión de una norma, sino, de manera preponderante, las razones que, en sintonía con los principios y valores del sistema jurídico, dicho ente debe tomar en cuenta durante el desarrollo de su actividad legislativa.

En ese sentido, un punto que nos parece cuestionable en la propuesta planteada es que, pese a sostenerse que se está apostando por un modelo de responsabilidad por el hecho propio de la persona jurídica, aún se aprecien ciertos rasgos de un modelo de atribución de responsabilidad penal “por el hecho de otro”, que es propio de un sistema en donde rige el *societas delinquere non potest*.

En efecto, de acuerdo a los términos del Dictamen del nuevo Código Penal, para afirmar la responsabilidad penal de la persona jurídica será necesario dar cuenta de un “factor vinculante o de conexión”, consistente en el “hecho ilícito” o, en otros términos, en el injusto realizado por el administrador de hecho o de derecho, o el de las personas naturales que presten cualquier tipo de servicio a la entidad o, incluso, la simple falta del debido control y vigilancia de alguno de los sujetos mencionados, en atención a la situación concreta del caso.

Lo indispensable del “factor de conexión” nos permite dudar sobre si –en realidad– nos hallamos frente a un modelo de responsabilidad autónoma de las personas jurídicas, pues desde una “perspectiva práctica” siempre será necesaria la acción ilícita de un individuo para imponer algún tipo de sanción a la persona jurídica o, incluso, para investigarla.

Si bien es cierto que, a modo de hacer frente a la crítica acabada de formular, a través de su artículo 131, el Proyecto de Ley sobre el nuevo Código Penal indica que “[l]a responsabilidad de la persona

jurídica es independiente de la individualización, investigación, juzgamiento y eventual condena de la persona física responsable del delito [...]”, lo cierto es que el comportamiento delictivo de las personas físicas no podrá dejar de ser un presupuesto para la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Ahora bien, más allá de ciertos cuestionamientos que podamos realizar sobre el texto de la comentada propuesta de ley, consideramos adecuado señalar que, desde un principio, se puede advertir la introducción de deberes de *compliance* en la fórmula normativa propuesta. Así, en el punto b del inciso 1 del artículo 130, se hace referencia al control de los gestores y administradores –de hecho o de derecho–, representantes legales, contractuales y órganos colegiados sobre las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual.

Luego, en el punto c, se apunta que las personas jurídicas son responsables del delito de cohecho activo internacional, que en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio –directo o indirecto– cometan las personas naturales “que prestan cualquier tipo de servicio a la entidad, con total independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si existe relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el numeral anterior (punto a), actúan por orden o autorización de estos últimos”.

A partir de ello, podemos señalar que, coincidiendo con Gómez Jara, el injusto propio de la persona jurídica se construiría a partir de la “defectuosa configuración de su ámbito de organización que supera el riesgo permitido o, expresado de otra manera, en un defecto de organización que supera el riesgo permitido”. Así, como indica el mencionado autor, la cuestión sobre si una persona se encuentra organizada correcta o defectuosamente deberá determinarse conforme a los parámetros de la moderna teoría de la imputación objetiva.

Al respecto, cabe recordar que, para el profesor Roxin, lo básico en la formulación de la imputación objetiva del resultado será determinar dos cuestiones: (i) la creación de un peligro desaprobado para

³² En diciembre de 2009 se promulgó en Chile la Ley 20.393 (DO 02.12.2009), que estableció la responsabilidad penal de la persona jurídica para ciertos delitos como los de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y cohecho; sin embargo, debido precisamente a su rápida incorporación, dicho cambio en el sistema penal chileno no encontró una sólida base teórica que garantice la emisión de resoluciones justas. Sobre el particular: GARCÍA CAVERO, Percy. “Esbozo de un modelo de atribución de responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Óp cit. p. 58.

el bien jurídico protegido; y, (ii) la realización de ese peligro en el hecho concreto causante del resultado; a lo que, como indica el propio Roxin, habrá de sumarse el criterio consistente en la “esfera de protección de la norma”, lo que nos proporcionará la siguiente clave: la “imputación al tipo objetivo presupone la realización de un riesgo creado por el autor, no cubierto por el riesgo permitido dentro del alcance del tipo”³³.

Así las cosas, con relación al primer nivel de la imputación objetiva –creación de un peligro desaprobado–, son decisivos “los estándares de la industria o sector de actividad en el que se desenvuelve la persona jurídica a la hora de conformar los *compliance programs* y valorar adecuación *ex ante* para conjurar los riesgos de la empresa. Así, dichos estándares crean una suerte de concepto de empresa media del sector que resulta de extrema utilidad para valorar el posicionamiento de la sociedad respecto de los riesgos que se generan en un determinado sector de actividad [...]”³⁴.

La importancia de este primer nivel y, por tanto, de los *compliance programs*, cobra mayor notoriedad si tomamos en cuenta, siguiendo a Frisch, que de lo que aquí se trata es de seleccionar aquellas formas de conducta que merecen ser penalmente desvaloradas por ser expresión de un especial quebrantamiento de la “libertad jurídicamente garantizada”.

En suma, los *compliance programs* o, en específico, el *criminal compliance*, incidirá directamente en la determinación de la creación de un riesgo prohibido, de manera que, si la empresa se ajusta a los estándares de la industria o sector de actividad en el que desarrolla su negocio, no creará un riesgo prohibido ni mucho menos un injusto de carácter penal. Se negará, asimismo, el segundo nivel de la imputación objetiva, pues no habrá riesgo alguno que deba materializarse en un resultado. No será posible, entonces, la imposición de pena alguna a la empresa.

Adicionalmente a ello, debe tenerse en consideración que, como indica Gómez Jara, los programas de cumplimiento no solo contienen elementos de una correcta o defectuosa organización, sino que “constituyen un indicio de la existencia o inexistencia de una cultura empresarial de cumplimiento de

la legalidad”³⁵. Así pues, de probarse un defecto de organización, deberá procederse a analizar la concreta existencia o inexistencia de una cultura empresarial de cumplimiento con el Derecho (culpabilidad empresarial).

Brevemente, se evidencia que un eficaz sistema de cumplimiento impedirá la configuración del injusto de la propia persona jurídica y, simultáneamente, se encargará de evidenciar el mantenimiento de una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad.

IV. CONCLUSIONES

- a. Actualmente, las legislaciones comparadas están optando por un modelo que responsabiliza penalmente a las empresas. Es decir, se entiende que la interacción en sociedad de una persona jurídica puede generar riesgos como, por ejemplo, utilizarla para que, en su beneficio, se cometan ilícitos. De ese modo, se hace evidente –y necesario– que el sistema de atribución de responsabilidad penal se adapte a los nuevos ámbitos pasibles de infracción penal.
- b. Sin embargo, un aspecto igualmente importante de sancionar penalmente la comisión de delitos al interior de una empresa es la prevención de delitos o su identificación pronta. Tan importante es ello, que las legislaciones comparadas consideran que el establecimiento de un programa de cumplimiento normativo puede llegar a suponer una disminución de pena en los casos de atribución de responsabilidad penal, o incluso una exención de la pena.
- c. Estos sistemas de cumplimiento, tendientes a la prevención e identificación de delitos en la empresa, son los denominados *criminal compliance*, cuya finalidad es el establecimiento de un código interno de conducta y control de las actividades de los miembros de una determinada empresa, con la finalidad de disminuir los riesgos de comisión de ilícitos con relevancia penal.
- d. En ese sentido, vemos que el *criminal compliance* será un instrumento útil para negar o disminuir la peligrosidad objetiva de la

³³ ROXIN, Claus. “La imputación objetiva en el Derecho penal”. Traducción por Manuel Abanto Vásquez. Segunda edición. Lima: Grijley. 2012. p. 81.

³⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos. “El sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo Código Penal español”. Óp. cit. p. 71.

³⁵ Ibid. p. 75.

organización empresarial en un sistema en donde no se reconozca la capacidad delictiva de la empresa (*societas delinquere non potest*), como en un uno de responsabilidad directa (*societas delinquere potests*), al incidir en la determinación de la creación de un riesgo prohibido e impedir así la configuración del injusto de la propia persona jurídica y, simultáneamente, exponer las caracterís-

ticas de una cultura empresarial de cumplimiento de la legalidad.

- e. Los efectos serán aquellos determinados por la norma –disminución o exención de pena–, e incidirán en la aplicación de una pena o de una “consecuencia accesoria”, la cual se corresponde con nuestro modelo actual de atribución de responsabilidad penal.