

"La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación del compliance en la legislación peruana"

# **TESIS**

Presentada para optar el Grado Académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política

**AUTOR:** 

Mg. Guerrero Saavedra, Jose Alberto

**ASESOR:** 

**Dr. Hernandez Canelo, Rafael** 

LAMBAYEQUE – PERÚ 2022

# "La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación del compliance en la legislación peruana"

Presentado por:

Mg. Jose Alberto Guerrero Saavedra Autor

Dr. Rafael Hernandez Canelo Asesor

Presentada a la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo, para optar el grado de **Doctor en Derecho y Ciencia Política.** 

# Aprobado por:

Dr. Miguel Arcángel Arana Cortez Presidente

Dr. Freddy Widmar Hernandez Rengifo Secretario

Dr. Victor Ruperto Anacleto Guerrero Vocal

Lambayeque, 2022

#### Acta de sustentación



#### ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 16:30 horas del jueves 3 de marzo de 2022, se dio inicio a la Sustentación Virtual de Tesis soportado por el sistema Google Meet, preparado y controlado por la Unidad de Tele Educación de la Escuela de Posgrado de la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, con la participación en la Video Conferencia de los miembros del Jurado, nombrados con Resolución N°553-2021-EPG, de fecha 23 de julio de 2021, conformado por:

Dr. MIGUEL ARCÁNGEL ARANA CORTEZ
Dr. FREDDY WIDMAR HERNANDEZ RENGIFO
Dr. VICTOR RUPERTO ANACLETO GUERRERO
Vocal

Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO Asesor

Para evaluar el informe de tesis del tesista JOSE ALBERTO GUERRERO SAAVEDRA, candidato a optar el grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA con la tesis titulada "LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA APLICACIÓN DEL COMPLIANCE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA".

El Sr. Presidente, después de transmitir el saludo a todos los participantes en la Video Conferencia de la Sustentación Virtual ordenó la lectura de la Resolución N°184-2022-EPG de fecha 24 de febrero de 2022 que autoriza la Sustentación Virtual del Informe de tesis correspondiente, luego de lo cual autorizó al candidato a efectuar la Sustentación Virtual, otorgándole 30 minutos de tiempo y autorizando también compartir su pantalla.

Culminada la exposición del candidato, se procedió a la intervención de los miembros del jurado, exponiendo sus opiniones y observaciones correspondientes, posteriormente se realizaron las preguntas al candidato.

Culminadas las preguntas y respuestas, el Sr. Presidente, autorizó el pase de los miembros del Jurado a la sala de video conferencia reservada para el debate sobre la Sustentación Virtual del Informe de tesis realizada por el candidato, evaluando en base a la rúbrica de sustentación y determinando el resultado total de la tesis con 18 puntos, equivalente a muy bueno, quedando el candidato apto para optar el Grado de DOCTOR EN DERECHO Y CIENCIA POLITICA.

Formato : Físico/Digital	Ubicación : UI- EPG - UNPRG	Actualización:	

SCOLUI	ESCUELA DE POSGRADO	Versión:	01
CONTROL OF THE PARTY OF THE PAR	M. Se. Francis Villons Portrigues	Fecha de Aprobación	29-8-2020
UNIDAD DE INVESTIGACION	FORMATO DE ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL, <u>DE TESIS</u>	Pág. 2 de 3	

Se retornó a la Video Conferencia de Sustentación Virtual, se dio a conocer el resultado, dando lectura del acta y se culminó con los actos finales en la Video Conferencia de Sustentación Virtual.

Siendo las 17.40 horas se dio por concluido el acto de Sustentación Virtual.

PRESIDENTE

SECRETARIO

ASESOR

CERTIFICO: Que, es copla fiel del Original

Fecha: 13/9

Lic. Gloria Lisa Carranza Velasqu

Unidad de Investigación - EPG VALIDO PARA TRAMITES INTERNOS DE LA UNPRG

# Declaración de originalidad

Yo, Mg. Jose Alberto Guerrero Saavedra; investigador principal, y el Dr. Rafael Hernandez Canelo, asesor del trabajo de investigación: "La responsabilidad penal de la persona jurídica y la aplicación del compliance en la legislación peruana", declaro bajo juramento que este trabajo no ha sido plagiado, ni incluye datos falsos y/o adulterados. En caso se declarará lo contrario, admito la anulación de este informe y el proceso administrativo que derive esta falta, incluyendo la anulación del título o grado emitido como consecuencia de este informe.

Lambayeque, 03 de marzo de 2022.

Mg. Jose Alberto Guerrero Saavedra Autor

Treuer

Dr. Rafael Hernandez Canelo Asesor

# Dedicatoria

A mis padres que están en el cielo, a mi querido hermano Marco, y mi amada esposa Alondra.

# Agradecimiento

A mis profesores de Derecho Penal de la Escuela de Posgrado de la UNPRG.

# Índice

Act	a de sustentación	iii
Dec	claración de originalidad	v
Ded	licatoria	vi
Agr	radecimiento	vii
Índ	ice	viii
Res	sumen	xi
Abs	stract	xiv
Intı	roducción	16
Cap	pítulo I: Diseño teórico	18
1.1	Antecedentes de la investigación.	18
	1.1.1. Planteamiento del problema	18
	1.1.2. Formulación del problema	20
1.2	Base teórica	21
1.3	Definiciones conceptuales	23
	1.3.1. Objetivo general	23
	1.3.2. Objetivos específicos	23
1.4	. Operacionalización de variables	24
	1.4.1. Variable independiente	24
	1.4.2. Variable dependiente	24
1.5.	Formulación de hipótesis	24
Cap	pítulo II: Métodos y materiales	26
2.1	Tipo de investigación	26
2.2	Método de investigación	26
	2.2.1. Método de análisis	26
	2.2.2. Método explicativo	27
2.3	Diseño de contrastación de hipótesis	27
2.4	Población, muestra y muestreo	27
	2.4.1. Población	27
	2.4.2. Muestra	28
2.5.	Técnicas, instrumentos, equipos y materiales de recolección de datos	28
2.6	Procesamiento y análisis de datos	29

Capítulo 2	III: La persona jurídica (PJ) en el derecho penal	30
3.1. Discu	sión actual	30
3.2. La cu	lpabilidad de las P.J.	32
3.2.1.	La imposición de sanciones o medidas administrativas	33
3.2.2.	Las medidas de seguridad	35
3.2.3.	La imposición de penas sin culpabilidad	36
3.2.4.	La imposición de penas con base en la culpabilidad	37
3.3. Conce	epto tradicional de culpabilidad	37
3.4. Una c	ulpabilidad exclusiva para las P.J	38
3.5. El inj	usto de las personas jurídicas	40
3.5.1.	Los delitos de dominio	42
3.5.2.	Delitos de infracción del deber	44
3.6. Teoría	as que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas	45
3.6.1.	Tesis de schunemann	46
3.6.2.	Tesis de zugaldía espinar	47
3.6.3.	Tesis de hirsch	48
3.6.4.	Tesis de tiedemann	48
3.6.5.	Tesis de silvina bacigalupo	49
3.7. Funda	mentos políticos-criminales para la atribución de responsabilidad	50
3.7.1.	Dificultad para sanciones individuales	51
3.7.2.	Insuficiencia de la responsabilidad individual para la criminalidad	
	organizada	52
3.7.3.	Insuficiencia de las sanciones administrativas	54
3.8. Atribu	ıción de rppj	54
3.8.1.	Responsabilidad por atribución o por hecho ajeno	54
3.8.2.	Responsabilidad por hecho propio	56
3.8.3.	Responsabilidad en función de los sistemas sociales	56
3.9. La R.	P.P.J. en el derecho comparado	59
3.9.1.	En la legislación de Holanda	59
3.9.2.	En la legislación de Francia	60
3.9.3.	En la legislación del Reino Unido	60
Capítulo :	IV: Los programas de cumplimiento normativo (compliance program	ns) 62
4.1. Antec	edentes y estado actual	62
4.2. Finali	dad	67

4.3. Naturaleza	68
4.4. Criminal compliance en las empresas	69
4.5. Funciones del criminal compliance	
4.5.1. La función de prevención de delitos	71
4.5.2. Las medidas de prevención del criminal compliance	72
4.6. La función de fidelidad a la norma penal	
4.6.1. Denuncias internas (Whistleblowing)	74
4.6.2. Órganos de persecución penal: ministerio público y poder judicial	76
4.7. La responsabilidad penal de la persona jurídica	77
4.8. Sanciones penales a la empresa	78
4.8.1. Responsabilidad por el hecho de otro	79
4.8.2. Responsabilidad por hecho propio	80
Capítulo V: La R.P.P.J. y la aplicación del compliance en el Perú	81
5.1. ¿Las consecuencias accesorias, son sanciones penales?	82
5.2. RPPJ en la normativa peruana e importancia del compliance	83
5.3. Títulos de imputación a miembros de la PJ.	88
5.4. RP de los miembros individuales de la PJ	89
5.5. Propuesta de una estructura de compliance para las personas jurídicas	94
5.6. Proceso de implementación de un compliance	97
5.7. Jurisprudencia del tribunal supremo español	99
5.8. Sentencias del tribunal supremo alemán	105
Capítulo VI: Análisis y discusión de resultados	106
6.1. Presentación y análisis de la información	106
6.2. Resultados y discusión	106
Conclusiones	110
Recomendaciones	113
Referencias Bibliográficas	119

#### Resumen

Las personas jurídicas y especialmente, las empresas, a través de los años, han venido desarrollándose y alcanzando un papel decisivo en diversos sectores de la comunidad, especialmente en la actividad económica, financiera, política y social, a nivel nacional e internacional; por lo que representan un factor positivo en el desarrollo de los países, pero al mismo tiempo se han convertido en fuentes generadoras de diversos riesgos, no solo para las personas individuales, sino para la misma sociedad en su conjunto, debido a la cada vez más intensa actividad, complejidad o estructura de éstas y de los recursos que poseen.

Estas actividades que desarrollan las empresas, generan diversos riesgos, poniendo en peligro o lesionando bienes jurídicos muy importantes, tanto individuales, como colectivos, ante lo cual no ha sido suficiente con la aplicación de medidas sancionadoras de carácter administrativo, societario, o civil, sino que cada vez se hace más necesario la participación del derecho penal, para sancionar los delitos que se cometen desde y a través de las personas jurídicas.

Así mismo, a través del tiempo se han venido implementando en otros sistemas jurídicos como el anglosajón (common law), no solamente la imputación de RPPJ, sino también mecanismos de previsión y control de la organización y de las actividades empresariales. Estos mecanismos se han venido aplicando a iniciativa de la misma empresa (herramientas de autocontrol) o por parte de entidades estatales. Así, los responsables empresariales han fijado regulaciones sobre el buen y debido funcionamiento corporativo, a través de buenas prácticas empresariales (buen gobierno corporativo).

No obstante, la complejidad del sistema empresarial y la ineficacia del aparato estatal (Estado) hacen improbable que este último pueda abarcar el control de cada una de las empresas que realizan actividades de riesgo en un país. Por otro lado, tampoco parece conveniente dejar el monopolio en las manos de los empresarios, toda la prerrogativa o facultad de autorregulación de sus propios riesgos, pues su naturaleza básicamente está orientada a incrementar su ámbito de poder económico; por ello entre estos extremos, cabe una posibilidad intermedia de autorregulación regulada; es decir, dejar a las empresas que por propia iniciativa ejecuten e implementen mecanismos de autocontrol, pero al mismo tiempo se le deja al Estado la tarea de fijar los criterios o lineamientos generales, para dar por válido este autocontrol, a través de los sistemas de cumplimiento normativo, es lo que se denomina *Compliance*.

La intervención del Estado se refleja en la obligación legal que se puede imponer a las empresas, para que se doten de un sistema adecuado de Compliance, de acuerdo a su estructura, complejidad o tipo de actividades que desarrollen. Esta intervención se hace más intensa en la medida en que exista un mayor riesgo de comisión de delitos a través de las personas jurídicas (lavado de activos, corrupción, delitos medioambientales, contra la salud pública, etc.),

El derecho penal económico, plantea la necesidad de establecer un sistema de compliance específico para enfrentar mejor la existencia de riesgos y la comisión de ilícitos penales, a través del denominado Criminal Compliance; lo cual a su vez trae unos de los beneficios más importantes de su implementación, traducido en la atenuación o exención de RPPJ que implementen un compliance idóneo en la prevención de riesgos penales.

En nuestro país, no existe la obligación legal de constituir al interior de las empresas, sistemas de cumplimiento normativo (Compliance), destinadas al control y previsión de delitos; ni siquiera se ha establecido aún la R.P. de las P.J.; por ello, es necesario verificar dicha posibilidad y porqué no, establecer normativamente la obligación legal a las empresas a implementar sistemas de cumplimiento; de esa posibilidad trata este trabajo.

# **Abstract**

Legal entities and especially companies, over the years, have been developing and reaching a decisive role in various sectors of the community, especially in economic, financial, political and social activity, nationally and internationally; therefore they represent a positive factor in the development of the countries, but at the same time they have become sources of various risks, not only for individuals, but for the same society as a whole, due to the increasingly intense activity, complexity or structure of these and the resources they possess.

These activities carried out by companies generate various risks, endangering or injuring very important legal assets, both individual and collective, to which the application of sanctioning measures of an administrative, corporate, or civil nature has not been sufficient, but that the participation of criminal law is increasingly necessary to sanction crimes that are committed from and through legal entities.

Likewise, over time they have been implemented in other legal systems such as the Anglo-Saxon (common law), not only the imputation of criminal liability to legal persons, but also mechanisms of foresight and control of the organization and business activities.

These mechanisms have been applied at the initiative of the same company (self-control tools) or by state entities. Thus, business managers have set regulations on good and proper corporate functioning, through good business practices (good corporate governance).

However, the complexity of the business system and the ineffectiveness of the state apparatus (State) make it unlikely that the latter can encompass the control of each one of the companies that carry out risky activities in a country; on the other hand, it does not seem convenient to leave the entire prerogative or faculty of self-regulation of their own

risks in the hands of the entrepreneurs, since their nature is basically oriented to increase their scope of economic power; therefore, between these extremes, there is an intermediate possibility of regulated self-regulation; that is to say, leaving the companies to execute and implement self-control mechanisms on their own initiative, but at the same time it is left to the State to set the general criteria or guidelines, to validate this self-control, through the regulatory compliance is what is called Compliance.

The intervention of the State is reflected in the legal obligation that can be imposed on companies, so that they are provided with an adequate Compliance system, according to their structure, complexity or type of activities they carry out. This intervention becomes more intense to the extent that there is a greater risk of committing crimes through legal entities (money laundering, corruption, environmental crimes, against public health, etc.).

Economic criminal law raises the need to establish a specific compliance system to better face the existence of risks and the commission of criminal offenses, through the so-called Criminal Compliance; which in turn brings some of the most important benefits of its implementation, translated into mitigation or exemption from criminal liability to legal entities that implement suitable compliance in the prevention of criminal risks.

In our country, there is no legal obligation to establish within companies, compliance systems, aimed at the control and prevention of crimes; The criminal liability of legal entities has not even been established yet; therefore, it is necessary to verify this possibility and why not, establish the legal obligation for companies to implement compliance systems; this work is about that possibility.

# Introducción

El desarrollo de las sociedades modernas trae consigo la creación o aparición de numerosos entes denominados empresas o corporaciones que vienen a denominarse para el derecho, Personas Jurídicas, las mismas que están destinadas de una u otra forma a la producción de bienes y servicios, en beneficio propio, pues tiene un fin lucrativo, pero también tienen un deber social con un número indeterminado de personas, no solamente por ser sus clientes, sino porque además está en juego la propia existencia de la empresa y su prestigio. No obstante, las personas jurídicas también pueden ser usadas como instrumentos para la comisión de actos delictivos.

La discusión permanente en la doctrina acerca de la posibilidad de atribuir RPPJ, constituye una discusión interminable desde las teorías del causalismo, finalismo y funcionalismo; rige el aforismo *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir), que rige actualmente en el Perú, lo cual ha quedado desbordado por la criminalidad empresarial actualmente evidenciada.

Toda la construcción dogmática del derecho penal gira en torno al principio de que las sociedades no delinquen, pues los principios que rigen la atribución de responsabilidad penal ha sido elaborado para una persona natural, mas no para una persona jurídica, de ahí la explicación de la resistencia existente en varias legislaciones para atribuir RPPJ.

El penalista clásico está enfrascado en que solamente una persona natural puede ser objeto de atribución de culpabilidad, mas no así una persona jurídica, pues esta última no tiene *capacidad de acción*, y por tanto tampoco tiene *capacidad de culpabilidad* y menos *capacidad de punibilidad*, condiciones que son inherentes o propias de una persona natural o ser humano.

Sin embargo, vivimos en una sociedad de riesgos y aparecen nuevas formas de criminalidad corporativa o empresarial, que nos obliga a tener un nuevo enfoque de la actividad de una PJ en el esquema delictivo y admitir la posibilidad de la responsabilidad penal de esta, a través de lo que en otros países ya denominan *societas delinquere potest* (las empresas sí pueden cometer delitos).

Con el avance de la criminalidad corporativa (empresarial), han surgido teorías de atribución de responsabilidad, como son el modelo de *Hetero-responsabilidad* penal de la PJ, basado, en que los actos de representantes y subordinados de la empresa eran atribuidos a la Persona jurídica, a través de lo que la doctrina denomina imputación *vicarial* o imputación por *transferencia o atribución;* distinto a lo que actualmente se denomina responsabilidad por la *propia organización o estructura* de la empresa, lo que la doctrina denomina *Auto-responsabilidad penal, imputación directa, responsabilidad propia u originaria*.

Cuando se comete un delito por razones de la propia actividad de una persona jurídica, no se deben aplicar las mismas pautas de imputación como si se tratara de una persona natural, pues debe tenerse en cuenta las propias características de la actividad empresarial. La aplicación de los sistemas de cumplimiento normativo, ó también llamado compliance, significa que la atribución de responsabilidad a una PJ por cometer un delito, no puede ser la misma a una entidad que aplica el Compliance, a través de medidas idóneas, que a una que no lo aplica o lo hace deficientemente, pues aplicar este instrumento ya es una buena práctica de lo que se denomina buen gobierno corporativo, por lo que la imputación de responsabilidad individual o colectiva por la comisión de un ilícito en una persona jurídica, debe hacerse por la forma de poner en práctica el compliance.

# Capítulo I: Diseño teórico

# 1.1 Antecedentes de la investigación

# 1.1.1. Planteamiento del problema

Ya son diversos países de Europa y de Latinoamérica que han visto implementada legislativamente la R.P de las P.J., lo que trae como consecuencia la introducción de una nueva forma de regulación de este tipo de responsabilidad corporativa, el llamado *Compliance Programs (Programa de Cumplimiento Normativo) o Criminal Compliance*, que son una serie de medidas, instrumentos o mecanismos que deben implementar las personas jurídicas a fin de prevenir delitos, así como atenuar o eximir su responsabilidad penal.

Y es justamente la gravedad de los delitos penales que se pueden cometer a través de las PJ (lavado de capitales, financiamiento del terrorismo, corrupción de funcionarios públicos, entre otros), los que hacen indispensable la aplicación de los Programas de Cumplimiento Normativo (Compliance Programs), en el Perú, como instrumento eficaz para prevenir, detectar y atenuar la posible comisión de delitos por parte de las empresas, sus directivos o representantes, lo cual implica que la persona jurídica nombre dentro de su organización y estructura al *Compliance Officer (Oficial de cumplimiento)*, es el encargado de verificar, controlar y supervisar que el Compliance Programs cumpla su objetivo.

La necesidad de implementar los Programas de Cumplimiento

(Compliance Programs) en el Perú, resulta indispensable y urgente, pues no es

posible, que al constatar la existencia de muchas empresas o corporaciones que han sido creadas o sirven de "fachada" para la comisión de ilícitos, o en el camino se han apartado de la legalidad para cometer una serie de delitos; ante lo cual el Derecho Penal muestre debilidad, para afrontar estas nuevas formas de criminalidad empresarial, y que poco o nada pueda hacer para prevenir, combatir, y sancionar a las corporaciones que se sirven de la estructura de las personas jurídicas para cometer delitos, (incluso cambian de representantes y de razón social para seguir en actividad), y esto debido al vacío legal de no tener regulada la RPPJ, ni menos se ha establecido obligatoriamente los Compliance para evitar crímenes tan graves que se cometen a través de las empresas o corporaciones.

La exigencia de los Programas de Cumplimiento (Compliance), en el Perú, se sustenta en el hecho de que con la aplicación de una serie de mecanismos idóneos se logre prevenir, detectar o evitar la comisión de ilícitos penales dentro de las empresas, o en todo caso se reduzcan los riesgos, creando mecanismos eficaces dentro de la misma corporación y estructura de la PJ, desde mucho antes a la comisión de ilícitos, a fin de evitar los procesos penales y la imposición de penas a la persona jurídica.

De igual forma, resulta necesario implementar al *Compliance officer* (oficial de cumplimiento), quien es la persona responsable o encargada de hacer cumplir todas las medidas adoptadas para prevenir riesgos (que se traducen en delitos) por parte de la corporación empresarial; es decir, que dentro de la estructura se debe designar a la persona que velará por que el Programa de Cumplimiento sea asumido y respetado a cabalidad por los directivos, representantes y trabajadores de la empresa, caso contrario podría

asumir incluso responsabilidad penal en la modalidad de comisión por omisión (pues tiene el deber de garante), ante la existencia de delitos.

Así, Clavijo (2011) señala que "El punto de partida es que no existe una norma jurídica que, de manera general o particular imponga a las empresas la obligación de implementar un programa de cumplimiento normativo que asegure la observancia de las leyes penales." (p.635)<sup>1</sup>.

Si bien existe un deber jurídico penal de controlar los riesgos derivados de la actividad empresarial (García, 2007), este deber no precisa que su cumplimiento se haga a través de la conformación de un *criminal compliance*<sup>2</sup>, sino que, en cuanto a su forma de acatamiento, existe plena libertad organizativa.

# 1.1.2. Formulación del problema

Lo expuesto nos lleva a formular el siguiente problema expresado en forma de interrogante.

¿Es posible imputar culpabilidad penal a las PJ y establecer como obligatorio los Compliance a las empresas en el Perú, como instrumento preventivo, de control y sanción de delitos?

<sup>&</sup>lt;sup>1</sup> Asimismo, la situación es igual en muchos países, como por ejemplo en España, como lo indican Clemente, I. y Álvarez, M. (2011) en su artículo "¿Sirve de algo un programa de Compliance Penal? (Responsabilidad penal de la persona jurídica en LO 5/2010: Incertidumbres y llamado por la seguridad jurídica". *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, Nº 28, Madrid, p.27.

<sup>&</sup>lt;sup>2</sup> El autor Jesús María Silva Sánchez precisa que la situación es distinta si es que por las características de la empresa la vigilancia requiere la sistematización y procedimentalización propias de un compliance.

#### 1.2 Base teórica

Desde la primera mitad del siglo XX, las corporaciones han asumido un papel preponderante en el funcionamiento de diversos sectores sociales esenciales<sup>3</sup> (Nieto, 2008), lo que las ha convertido también en el principal foco de creación de riesgos, especialmente de los llamados nuevos riesgos. (Bock, 2011)

Las dinámicas comerciales, sociales o económicas que se producen al interior de las empresas o corporaciones (Personas jurídicas), pueden llegar a tener consecuencias delictivas, ya sea en la provisión de bienes y servicios o de productos, pues éstas pueden servir por ejemplo para el transporte de droga a gran escala, lavado de dinero, o corrupción de funcionarios, por lo que la actividad empresarial puede tener vinculación con la generación de riesgos masivos, que afectan no solamente a personas particulares, sino que dependiendo de la magnitud de las operaciones de origen ilícito, puede socavar la misma institucionalidad y estabilidad democrática de los países.

Para superar la visión tradicional del principio *Societas delinquere non potest*, se requiere cambiar de perspectiva, pues si se argumenta de forma tradicional, los argumentos en contra de la R.P de las P.J., no pueden ser al menos doctrinariamente o dogmáticamente, desvirtuados, y esto debido a que la "capacidad de culpabilidad" y todas las demás categorías penales has sido construidas para los actos individuales, personales, o "humanos", pero no están hechos para los entes colectivos o actividades corporativas.

<sup>&</sup>lt;sup>3</sup> En el mismo sentido opina Maroto, M., "Liberalismo versus neocorporativismo: Los discursos de la autorregulación como discursos legitimantes", en Arroyo, L.; Lascano, C. y Nieto, A.: Derecho Penal de la empresa, Buenos Aires, Ediar, 2012, (p. 421)

Ante esta situación, resulta lógico la preocupación de los Estados o Gobiernos como garante del bienestar común y titulares del Ius Puniendi para implementar medidas o mecanismos de control, supervisión y prevención de conductas o paliar efectos perjudiciales como consecuencia de actividades delictivas cometidas por las corporaciones, en otras palabras, lo que se busca es reducir a niveles mínimos la creación de riesgos corporativos.

Es necesario determinar si la atribución de R.P. a las P.J. y la regulación legal del Compliance Programs en el Perú, puede servir de instrumento eficaz a fin de lograr el control, prevención y/o sanción ante la comisión de delitos corporativos graves que afectan la institucionalidad democrática del país, y que se cometen a través de algunas empresas sin que exista ningún tipo de control ni sanción legal contra ellas.

Montiel, J. (2013) señala que "Un instrumento para evitar la criminalidad empresarial o los crímenes corporativos, es el llamado *Compliance Programs*, el cual ha empezado a tener un protagonismo notorio, al punto de llegar a ser considerado un instituto jurídico novedoso". (p. 283). El término Compliance es empleado así en el mismo sentido que el usado en el ámbito empresarial en su acepción estricta. Implica un punto de conexión entre el derecho y la economía que genera que la valoración económica considere los parámetros legales y las cuestiones económicas influyan, asimismo, en la solución jurídica. (Theile, 2008)<sup>4</sup>.

De hecho, puede ser que la atención que los estudios jurídicos le están dando en los últimos años a la figura del Compliance se deba precisamente a la tendencia de

<sup>&</sup>lt;sup>4</sup> Destaca esta interpelación sobre la base de la teoría de los sistemas autopoiéticos y el acoplamiento estructural entre los sistemas, el autor Hans Theile (2008), en su obra "Unternehmensrichtlinien", en Zis, número 09, p. 411 y ss.

las empresas de incorporar internamente sistemas de cumplimiento normativo por razones de orden económico<sup>5</sup>.

# 1.3 Definiciones conceptuales

# 1.3.1. Objetivo general

Comprobar si imputar R.P a las P.J. y la implementación del Compliance Programs (Programas de Cumplimiento) en el Perú, coadyuvaría a la prevención y sanción de delitos corporativos.

# 1.3.2. Objetivos específicos

Analizar si se puede atribuir R.P a las P.J., en contra de lo que sucede en la actualidad donde prima el aforismo *societas delinquere non potest*.

Verificar actualmente qué teorías son las que rigen la imputación de R.P. a las P.J. y si es factible su aplicación en el Perú.

Comprobar si resulta aplicable en el Perú los Compliance Programs (Programas de Cumplimiento Normativo).

Analizar si la imputación de R.P. a las PJ. y la aplicación del Compliance Programs (Programas de cumplimiento), puede ayudar eficazmente a la prevención y sanción de delitos por parte de las personas jurídicas.

<sup>&</sup>lt;sup>5</sup> Conforme a una encuesta de carácter mundial realizada por la conocida firma Price Waterhouse Cooper, el 94% de las empresas norteamericanas y el 61% de empresas alemanas, contaban con programas de cumplimiento normativo. En Price Waterhouse Cooper, en Wirtschaftskriminalitat 2007, p. 45.

# 1.4 . Operacionalización de variables

# 1.4.1. Variable independiente

La imputación de R.P. a las P.J. y la implementación dentro de las personas jurídicas del Compliance Programs (Programas de Cumplimiento)

# **Indicadores:**

Teorías que justifican la R.P. de las P.J.

Origen, naturaleza jurídica, clases y finalidad del Compliance Programs (Programas de cumplimiento).

Aplicación del compliance Programs en el derecho comparado.

# 1.4.2. Variable dependiente

El Compliance Programs es un mecanismo eficaz para garantizar la prevención y sanción cuando se cometan graves delitos corporativos.

#### **Indicadores:**

Prevención y sanción de delitos y cualquier actividad de riesgo por parte de la empresa que desnaturalice su función social.

Graves delitos corporativos: Lavado de activos, Corrupción de funcionarios públicos, Financiamiento del terrorismo.

# 1.5. Formulación de hipótesis

Si se atribuye culpabilidad penal a las PJ y se obliga a las empresas a implementar los Programas de Cumplimiento-Compliance; entonces será un

mecanismo eficaz para prevenir y sancionar graves delitos cometidos a través de las personas jurídicas.

# Capítulo II: Métodos y materiales

# 2.1 Tipo de investigación

Los tipos de investigación pueden definirse como un procedimiento científico y sistemático de recopilación de datos, compilación, análisis, interpretación e implicación en relación con cualquier problema del conocimiento.

Se pueden clasificar en varias categorías de acuerdo con la naturaleza, el propósito, y otros atributos.

La presente investigación es **Cualitativa**, pues la información se considera de naturaleza cualitativa si no puede analizarse mediante técnicas estadísticas.

Esta modalidad también puede significar que un incidente no se produce con la frecuencia suficiente, como para permitir que se recopilen datos confiables.

La investigación también es **Analítica**, por cuanto el investigador tiene que usar hechos o información ya disponible, y examinarlos para hacer una evaluación crítica del material.

#### 2.2 Método de investigación

#### 2.2.1. Método de análisis

El presente método se emplea por cuanto se ha iniciado el trabajo por la identificación de cada una de las instituciones jurídicas involucradas en la investigación (R.P. de las P.J., Compliance Programs), su funcionamiento, ¿se puede aplicar a la realidad peruana?, habiéndose establecido una relación de

causa efecto entre los elementos que componen el objeto materia de investigación.

# 2.2.2. Método explicativo

Explica las consecuencias e implicancias que podrían darse debido a la atribución de R.P. de las P.J., en la legislación peruana, qué teorías doctrinarias sustentan esta posición, cuáles son los límites de sanción a las empresas, qué tipos de sanciones se les puede aplicar, cómo es que se puede aplicar los Compliance Programs en la legislación peruana.

# 2.3 Diseño de contrastación de hipótesis

En este aspecto se analizarán decisiones judiciales nacionales o extranjeras recaídas en los procesos penales en los cuales se ha venido aplicando culpabilidad penal de las PJ (empresas, corporaciones), directivos o representantes, por la comisión de graves delitos corporativos; así como la experiencia extranjera del Compliance Programs, como medio idóneo y eficaz para el control supervisión y prevención de delitos corporativos cometidos a través de las Personas Jurídicas.

De otro lado se analizará, como se viene sancionando penalmente a las personas jurídicas y cómo funciona el Criminal Compliance en distintos países donde se ha implantado como instrumento de lucha contra la criminalidad corporativa.

# 2.4 Población, muestra y muestreo

# 2.4.1. Población

Considerando las delimitaciones temporal, espacial y social, el universo o población viene determinado de la siguiente manera:

Las sentencias (Jurisprudencia nacional o extranjera) que consideren la RPPJ, y cómo es que vienen aplicando los programas de cumplimiento (compliance), desde el año 2015 a la fecha.

#### **2.4.2.** Muestra

Los Fiscales especializados en lo penal del Distrito Fiscal de

Lambayeque, acerca de su posición jurídica con relación a la R.P. de las P.J. y

cuál es su conocimiento con respecto a la aplicación de Compliance Programs

y su eficacia como instrumento para controlar y prevenir delitos corporativos.

# 2.5. Técnicas, instrumentos, equipos y materiales de recolección de datos

La Técnica a emplear es la dogmática jurídica penal. Es decir, Doctrina nacional y extranjera actualizada que estudien los temas que son materia de la presente investigación.

Las Fuentes, consultadas pertenecen a la especialidad que corresponde el tema materia de investigación.

Los Materiales, son de carácter bibliográfico y corresponden a autores nacionales como extranjeros, actualizados, correspondiente al área del Derecho Penal, Personas Jurídicas, y Criminal Compliance.

En lo que respecta a la Recolección de información y compilación de datos, será necesario el empleo de fuentes de información tales como la observación de la problemática generada en la realidad respecto a cómo procesar y sancionar a las personas jurídicas cuando se cometan delitos a través de las empresas.

# 2.6 Procesamiento y análisis de datos

Se efectuará un análisis comparativo con la legislación vigente en otros países, de cómo se viene regulando las instituciones jurídicas de la R.P. de las P.J., cuáles es el resultado obtenido en términos de reducción de delitos, cómo se vienen sancionando a las personas jurídicas, cuál es la aplicación de los Compliance Programs en dichos países, cuál es el resultado obtenido a la fecha, cómo se realiza el control, supervisión, prevención de los riesgos de las corporaciones.

# Capítulo III: La persona jurídica (PJ) en el derecho penal

#### 3.1. Discusión actual

En la actualidad la organización de la sociedad actual, es claramente estimable la existencia y plena vigencia de las P.J. en el tráfico patrimonial, en el ofrecimiento de bienes y servicios, lo cual ha desplazado al comerciante individual, para convertirse la empresa, en la principal forma de hacer negocios y participar en el tráfico jurídico; por ello es que el Derecho Penal desde hace algunos años se ha planteado la posibilidad de castigar punitivamente a las personas jurídicas a partir de su atribución de responsabilidad penal.

García (2008) señala que "Una imputación de responsabilidad circunscrita sólo a algunos miembros (personas naturales) resulta insuficiente." (p. 15)

Las P.J. han comenzado a tener cada vez más participación en las relaciones comerciales de las personas; lo cual conlleva a un debate sobre la verdadera esencia o naturaleza jurídica de las P.J.

Asimismo, García (2006) señala que Savigny "a partir de un concepto de derecho subjetivo vinculado a la idea de sujeto individual, negó la realidad jurídica de las P.J. a las que calificó no más que de una ficción". (p.95)

Desde un inicio se pensó que la existencia como ficción de las personas jurídicas solamente podía darse a nivel del Derecho civil, pues en el derecho penal, la

<sup>&</sup>lt;sup>6</sup> Asimismo, el mismo autor agrega que las leyes penales actuales, con mayor frecuencia establecen diversas herramientas y sanciones que se pueden aplicar directamente a las empresas.

punición o sanción se fundamenta en personas que toman decisiones libres y voluntarias, lo que no tiene una empresa.

Así, García (2006) afirma que Gierke, en su teoría de la Realidad, "consideró que la persona jurídica era un organismo que podía participar perfectamente en la vida social y, por tanto, tener una personalidad real." (p.95)

Posteriormente, en el año 1953, "se discutió en el Congreso Alemán de Juristas la cuestión de si la persona jurídica podía cometer delitos o no" (García, 2006, p. 97), siendo que nuevamente la opinión predominante fue comprender, que esta no podía pues no contaba con capacidad de acción.

Sin embargo, la disyuntiva penal en esta época no se redujo en el mero rechazo de la capacidad de delinquir de las personas jurídicas; por el contrario, existieron propuestas que tuvieron la intención de buscar sanciones especiales aplicables a las personas jurídicas.

Posteriormente el tema, se sigue discutiendo a partir de la unificación de los países de Europa, y las interpelaciones comerciales que se sitúan en la Comunidad Europea, donde sus países miembros acordaron "implantar sanciones directas a las P.J. con la finalidad de proteger así las condiciones el mercado común." (Bajo, 1994, p.103)

A pesar de que la discusión se mantiene hasta la actualidad; sin embargo, muchos países europeos han incorporado dentro de sus legislaciones penales la RPPJ, aplicando sanciones a las corporaciones empresariales.

Esta tendencia de algunos países europeos de sancionar penalmente a las personas jurídicas, se ha visto apoyada por los tratados y acuerdos internacionales

suscritas por los Estados de lucha contra el crimen organizado transnacional, a través de instrumentos como la Convención de Palermo<sup>7</sup>.

Entonces no ha sido un factor dogmático el objetivo de castigar a las P.J., sino que más bien una necesidad a raíz de proteger todos los intercambios económicos en el cual participaban personas jurídicas; al respecto el Código Penal Suizo, que incorpora estas sanciones, es muy gráfico al señalar que: "No es finalmente la dogmática, sino la voluntad del legislador de regular convenientemente una situación problemática, la que decide si esta regulación resulta permitida" (García, 2006, p.99).

Sin embargo, no resulta suficiente que exista decisión política o legislativa en regular castigos penales a las P.J., sino que se requiere la debida justificación dogmática de la medida, caso contrario volveríamos a caer en situaciones arbitrarias que no tienen fundamento legal o constitucional, sino que se basan únicamente en la intuición o discrecionalidad del político o legislador.

# 3.2. La culpabilidad de las P.J.

La propia actividad de las P.J. genera conductas de riesgos, pues dentro de su actividad social interactúa con otras personas naturales o jurídicas, siendo que dentro de su esfera de organización se pueden generar conductas ilícitas o defraudatorias que deben ser sancionadas.

Por tanto, el problema radica en la forma de imputación de un riesgo prohibido a la P.J., específicamente en la *capacidad* de que esta pueda recibir una imputación

<sup>&</sup>lt;sup>7</sup> En diciembre del 2000, se suscribió en Palermo (Italia) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, donde los Estados que la suscriben convinieron en la necesidad internacional de mostrar una reacción punitiva a los graves delitos de la delincuencia internacional; pues eran concientes que si los delincuentes atraviesan las fronteras de sus países para cometer delitos, los Estados en busca de la paz mundial deben establecer mecanismos de prevención, investigación y punición de los actos y conductas delictivas cometidas tanto por personas naturales como jurídicas.

directa, basado en la exigencia de haber actuado conforme a ley, o un comportamiento conforme a derecho, aunque esta no tenga capacidad de acción.

Por ello, parte de la doctrina, rechaza la idea de que se pueda imputar penalmente a la P.J. por el hecho ilícito cometido dentro del ámbito de la empresa, ya que, para este sector de la doctrina, sólo las personas naturales son quienes deberían responder por la esfera de organización que ha generado el riesgo prohibido.

Frente al parecer dominante de la doctrina penal, se levantan cada vez más opiniones discordantes ante el mero traslado de la R.P. a las personas naturales que actúan en lugar de la PJ. (Feijoo, 2002).

# 3.2.1. La imposición de sanciones o medidas administrativas

La posición doctrinal que afirma la No RPPJ, no se opone a la imposición de sanciones o medidas administrativas, pues no basta sancionar a las personas naturales o miembros de una corporación, ya que muchas veces la sola existencia de la persona jurídica es propensa o creada para la comisión de delitos, lo cual debe ser sancionado.

Su fundamento es la prevención general de riesgos. Sin embargo, resulta muy distinto aplicar una sanción administrativa, y una pena en el ámbito del derecho penal, el impacto producido en uno y otro caso tienen distinta intensidad.

En una orientación más radical todavía, Gracia (1997) considera que "ni siquiera resulta dogmáticamente posible imponerles sanciones administrativas a las personas jurídicas, pues al carecer estos de capacidad de acción, no podrían realizar una actividad infractora de una disposición administrativa.

Para evitar un vacío legal intolerable, se recurre a las medidas preventivas de carácter asegurativo que se ocuparían de eliminar estados objetivos de riesgos, en este caso, la peligrosidad objetiva de la cosa (la persona jurídica)." (p.69)

No obstante, esta posición de Gracia Martín, no se ajusta a la real dimensión de la actual participación de la persona jurídica en el ámbito social y económico, a nivel mundial, en la cual ha logrado tal nivel de autonomía que puede celebrar actos jurídicos con repercusiones globales, y por tanto su alcance positivo o negativo resulta ser a gran escala.

El sustento de que las sanciones administrativas son suficientes se fundamenta en una equivalencia entre la sanción administrativa y la penal para la prevención de riesgos, pero a decir del profesor García Cavero, "el Derecho penal cumple una función de reestabilización de expectativas sociales esenciales defraudadas, que el derecho administrativo sancionador no puede solventar por sí mismo." (García, 1999, p. 72)

El derecho administrativo sancionador tiene una finalidad más general, de la corrección de un funcionamiento o de una conducta social con relevancia jurídica, de manera que su imputación no toma en cuenta aspectos subjetivos de las empresas o corporaciones, es decir que no se aplica en orden a la culpabilidad de las PJ.

De lo cual se concluye que la imposición de sanciones administrativas es un asunto ajeno a la problemática y discusión de atribuir culpabilidad a las corporaciones; ya que incluso eventualmente se podrían imponer ambas, siempre que no exista la triple identidad que exige el Ne bis in ídem: es decir que se puede imponer una sanción administrativa y una sanción penal, cuando

el fundamento de la sanción sean distintos; o en todo caso se puede optar por aplicar el principio de Subsidiariedad, para dar prioridad a la sanción penal antes a la sanción administrativa.

Creemos que no resulta suficiente sancionar penalmente a los representantes del ente colectivo y solamente aplicar una sanción administrativa a la empresa que representan, pues el tipo de sanciones que se aplican no tienen el suficiente impacto y efecto disuasivo. En primer lugar, las multas administrativas resultan de fácil contabilización en los costos operativos e incluso trasladables a los consumidores, por lo que su fuerza disuasoria resulta cuando menos limitada. En segundo lugar, nadie puede poner en tela de juicio que el sentido social de una pena no puede ser alcanzado de ninguna forma por alguna sanción administrativa<sup>8</sup>.

# 3.2.2. Las medidas de seguridad

En principio, la procedencia de las medidas de seguridad se sustenta en la idea de un sujeto peligroso, no culpable; como cuando un insano mental comete actos ilícitos, debidamente comprobados, al cual no se le puede aplicar un proceso penal, como cualquier persona, debido a su ausencia de culpabilidad, es decir la falta de capacidad para entender y adecuar su conducta a las normas de la convivencia social (inimputable).

Ahora bien, la imposición de estas medidas a los entes colectivos, implica aceptar que dicha persona jurídica ha realizado determinada acción y esta resulta peligrosa porque conlleva la comisión de ilícitos penales, donde

<sup>8</sup> Similarmente, SCHUNEMANN, "Nuevas tendencias internacionales en la RPPJ y empresas", en BERNAL CUELLAS (Coord), XXV Jornadas Internacionales de derecho penal, Bogotá, 2003, pp. 296 y ss.

surge nuevamente el inconveniente de que las P.J. no tienen capacidad de acción, por tanto, no se les puede considerar a las conductas que realizan como peligrosas y por ende no se les puede imponer medidas de seguridad.

Sin embargo, las medidas de seguridad, que tienen su fundamento básicamente en la peligrosidad del agente (prevención especial), pese a que se trata de inimputables; pero cuando de personas jurídicas se trata, se ha buscado otros fundamentos de imputación, como el interés social o de prevención general, e incluso las consecuencias accesorias que regula el Código Penal, tienen este sustento.

La posibilidad de aplicar sanciones penales, no tiene por qué afectar la sanción de Medidas de seguridad; por ejemplo cuando en un proceso penal, se procede a la incautación del arma homicida, es decir es una consecuencia de la comisión de un delito, de tal forma que la discusión de atribuir RPPJ, no enerva la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

# 3.2.3. La imposición de penas sin culpabilidad

Si bien existe consenso generalizado de aplicar sanciones administrativas a las P.J, también existe acuerdo en que estas son insuficientes para detener la criminalidad de los entes corporativos. Algunos autores consideran que se debe partir con reconocer cierta capacidad de imputación a la P.J., y la imposición de una sanción penal debe fundamentarse en criterios preventivos generales.

"Para poder mantener la identidad del derecho penal en la cuestión de responsabilidad de las personas jurídicas, deben rechazarse los fundamentos

punitivos ajenos al principio de culpabilidad. La imputación jurídico penal de conductas delictivas a personas jurídicas, sólo puede ser producto del reconocimiento de su capacidad de culpabilidad." (Hirsch, 1993, p. 1108)

El punto de discusión es si esa culpabilidad se sustenta en los mismos criterios que informan la culpabilidad de las personas naturales o no.

# 3.2.4. La imposición de penas con base en la culpabilidad

Para atribuir culpabilidad penal a las PJ, se debe partir por reconocer alguna forma de culpabilidad ó responsabilidad en ellas, y a partir de ahí construir una teoría que no contradiga la estructura de atribución de responsabilidad penal.

Así, Bacigalupo señala que "Mientras que un sector procura adaptar el concepto individual de culpabilidad a la persona jurídica, otros se dedican a desarrollar una categoría de la culpabilidad específica para las personas jurídicas, pero que se corresponda igual con la función propia del Derecho penal" (p.119).

#### 3.3. Concepto tradicional de culpabilidad

A lo largo del tiempo se han asumido diversas concepciones de culpabilidad a fin de poder atribuir responsabilidad penal a un determinado sujeto, por ello se entiende que existe una posición individualista de culpabilidad, lo cual conduciría forzosamente a negar dicha capacidad a las personas jurídicas; sin embargo, en un entendimiento social de culpabilidad podría aceptarse con mayor facilidad.

Entonces se requiere elaborar una estructura que permita, a partir de un concepto colectivo de culpabilidad, imputar responsabilidad a los entes corporativos, y que a partir de ahí se pueda fundamentar una sanción penal.

Una alternativa puede ser partir de un concepto social de culpabilidad que le permite incluir una "culpabilidad organizativa" de la persona jurídica, al mismo tiempo resulta necesario encontrar la fórmula para vincular la culpabilidad de la persona jurídica con la acción de sus miembros individuales.

No solamente se exige el deber de organizarse dentro de la empresa, de tal forma que no se produzcan delitos corporativos, sino que además se exige que el hecho ilícito se puede haber evitado a través de la mejor selección de sus órganos de dirección y representación, o una mejor política de negocios.

El riesgo que existe es que adaptar el concepto individual de culpabilidad a las personas jurídicas, puede terminar debilitando toda la tradición dogmática que sobre la culpabilidad a título individual se ha escrito y sobre la cual se asienta el derecho penal.

Un único concepto de culpabilidad para personas naturales y jurídicas no parece lo más adecuado teniendo en cuenta los criterios de imputación de culpabilidad, pues puede generar inseguridad en dichos criterios y con esto permitir otros que de manera arbitraria o discrecional se puedan crear para justificar una imputación penal.

#### 3.4. Una culpabilidad exclusiva para las P.J.

De lo expuesto hasta ahora, queda claro que la mejor manera de solucionar el debate es construyendo un concepto de culpabilidad propia para las P.J., que se ajuste a su propia naturaleza jurídica. Decir que ello no es posible porque las P.J. no tienen

una voluntad propia, es una falta de visión de la realidad social, pues las diferencias existenciales, no impide que ambas participen dentro de la actuación jurídico-social.

La persona jurídica no posee libertad, ni voluntad o capacidad de decisión, características que obviamente no tendrá jamás, pero a partir de ellos se puede construir una culpabilidad que se ajuste a sus propias cualidades.

Actualmente se presenta más convincente el planteamiento de Gómez-Jara Diez, quien basado en la teoría de los sistemas y el constructivismo operativo considera que "la empresa puede autoorganizarse de forma penalmente relevante y responder socialmente por dicha organización, de manera que no sería necesario abandonar la culpabilidad del acto para fundamentar una culpabilidad empresarial." (Gómez, 2005, p. 201).

La culpabilidad de la persona jurídica se logra cuando alcanza una individualidad que surge de su capacidad de organizarse y estructurarse con fines y objetivos propios, distintos a la de sus directivos.

La persona jurídica se individualiza y se diferencia a partir de su propia organización, ante lo cual se aparta de los intereses propios de sus órganos de representación, socios o directivos que la componen; a partir de ahí la persona jurídica puede defraudar expectativas sociales esenciales, que la hacen pasible de sanciones penales.

Así, Hurtado citado por Moreno indica que "La persona jurídica no se presenta en este ámbito en un nivel inferior a la persona natural, sino que actúa con las mismas facultades y capacidades de negociación." (Moreno, 2001. p. 462). Al tener estas mismas capacidades, tiene la calidad de ciudadano y justifica una atribución de una

responsabilidad penal. Basta con verificar el papel trascendental que tienen en la vida no solo económica, sino también política, con intervención en los procesos electorales y en consecuencia, en el futuro de un país.

La Culpabilidad jurídico penal en las personas jurídicas, implica haberse auto organizado, infringiendo normas y deberes sociales esenciales, por su participación en el tráfico económico patrimonial, infringiendo roles que socialmente le corresponde (sociabilidad de las personas jurídicas), por lo que adquieren plena capacidad de culpabilidad al realizar actos delictivos.

La forma como estas personas jurídicas infringen roles socialmente adquiridos, es un asunto que atañe solucionar a la teoría del injusto penal.

#### 3.5. El injusto de las personas jurídicas

Si bien diversos Estados vienen incorporando en sus leyes la posibilidad de atribución penal de culpabilidad e imposición de penas contra las P.J., esto lo han hecho en orden a política criminal, pero no se ha sustentado dogmática o doctrinariamente los fundamentos de tal atribución de responsabilidad o culpabilidad.

Se han ensayado diversas teorías para tratar de sustentar esta atribución de responsabilidad; algunos autores consideran que basta con acreditar el injusto de resultado realizado por sus órganos o representantes; es decir, será suficiente atribuir responsabilidad al representante o directivo de la empresa, sin necesidad de argumentar nada acerca de esta.

Pero esta teoría trae inconvenientes dogmáticos, como el hecho de que se está atribuyendo RPPJ por el hecho de tercero, y segundo, que no se podría sancionar a los

representantes (persona jurídica), por cuanto no habría actuado a título personal, y en ese sentido, no puede ser responsable en vía penal, solamente la P.J.

Ahora si se pretende sancionar penalmente tanto a la persona natural como a la P.J, por el mismo hecho, esto trae problemas dogmáticos al momento de fundamentar la imputación.

Las críticas a la configuración del injusto penal de la P.J., con la importación del injusto realizado por su órgano o representante, ha generado que parte de la doctrina considere que el ilícito de la P.J., es un injusto propio que radica en una defectuosa organización, que se atribuye de forma directa a la P.J. que ha contribuido a la comisión de un delito de resultado de la persona natural.

Conforme es de verse, a la persona jurídica tendría que imputársele un delito propio de su organización defectuosa, distinto a la conducta que hayan desplegado sus integrantes individuales. Esto se denominaría *injusto de organización*, aunque ningún miembro haya realizado aún un injusto de resultado. Esta situación no se condice con una estructura del derecho penal que se sustenta en ilícitos de resultados<sup>9</sup>; aunque se podría establecer como requisito ó condición objetiva de punibilidad que el miembro individual de la P.J. previamente cometa un ilícito de resultado.

No se trata de un injusto independiente de la P.J., sino de un hecho único o común, perpetrado por el miembro de la P.J. y por esta misma, pero que depende del injusto de resultado, de acuerdo a un nivel de accesoriedad, tal como ocurre con la Autoría y participación.

<sup>&</sup>lt;sup>9</sup> Así SCHUNEMANN, "Nuevas tendencias internacionales en la responsabilidad penal de las personas jurídicas y empresas", cit. p. 292; ROBLES PLANAS, "Delitos de personas jurídicas?", cit. p. 15.

Así, Silva (2002) indica que:

Puede incluso que el representante no sea responsable por la producción del resultado desvalorado, pero la empresa sí lo sea, como sucede en los casos en los que la organización del órgano se muestra individualmente correcta y lo que fracasa es la organización global de la empresa. (p. 163)

En este caso la P.J. estaría utilizando los defectos de la organización para cometer delitos. En cambio, si la acción del órgano implica la comisión de infracciones de sus propias competencias, podrá atribuírsele sin problemas, responsabilidad penal junto con la persona jurídica. Sin embargo, debe resaltarse que sería una responsabilidad penal separada, individualmente, de acuerdo a sus propios ámbitos de competencias<sup>10</sup>.

La P.J. realiza una acción jurídicamente relevante, ya que, por la creación de un riesgo jurídico, incumple su rol, es decir, defrauda las expectativas que la sociedad espera de ella. La infracción de este rol puede representar, tal cual sucede con las personas naturales, en delitos de dominio ó de infracción del deber.

#### 3.5.1. Los delitos de dominio

La P.J., considerada tal cual un ciudadano, posee un ámbito de competencias organizacional en el cual se desenvuelve. (García, 2000, p. 524), por lo que se le atribuye la obligación de impedir que su competencia organizativa genere menoscabo a otras personas. En ese sentido, si la P.J. quebranta este deber, será responsable por el exceso en que haya incurrido.

<sup>&</sup>lt;sup>10</sup> Similarmente, ORCE, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas", cit. p. 385.

Como lo ha puesto de relieve Jakobs en Cancio (2001), de modo convincente, "el dominio fáctico del hecho no constituye el criterio normativo de imputación en los delitos de dominio, sino la competencia por el dominio." (p. 621)<sup>11</sup>. En ese sentido, no se requiere que la persona jurídica realice por sí misma el hecho, como cualquier persona natural, pues materialmente no es posible, sino que se trata de un riesgo, cuyo dominio le compete regular a la P.J.

En cuanto a delitos cometidos desde la P.J., participará fácticamente una persona natural como parte de la empresa; sin embargo, en razón de que es irrelevante el dominio fáctico de la conducta, la consideración jurídico penal de la autoría, no precisamente incluirá a esta persona natural<sup>12</sup>. Solo en el supuesto de que a la persona natural le competa la organización por el riesgo, puede pensarse en una concurrencia de responsabilidades en el hecho, salvo que la persona jurídica no resulte competente por el dominio del hecho y lo sea solo la persona natural.

Puede darse el caso que el miembro de la P.J. (órgano de representación), no cumpla con una obligación específica o su rol social, a diferencia de la P.J., que ha tenido el dominio de la competencia total para la realización del hecho delictivo, de manera que la responsabilidad penal del representante (persona natural), quede como complicidad.

<sup>&</sup>lt;sup>11</sup> JAKOBS, "La Normativización del Derecho penal en el ejemplo de la participación", Trad. Cancio Meliá, en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid 2001, pp. 621 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>12</sup> La mera causación no puede fundamentar la codelincuencia; así Jakobs, "La normativización del derecho penal en el ejemplo de la participación", cit. p. 623.

#### 3.5.2. Delitos de infracción del deber

"La persona jurídica puede ser portadora también de un rol especial en virtud de una vinculación institucional que le obliga a cumplir con deberes positivos y mantener así una situación social deseable" (García, 2000, p.527), pues la complejidad de ciertas actividades económicas, donde se delega a los administrados ciertas competencias, tal es el caso del delito contemplado en el art. 242 del Código Penal, cuyo fundamento reside en una competencia institucional atribuida a la persona jurídica.

"La configuración de la autoría en los delitos de infracción del deber no depende de la competencia por el dominio del hecho, sino de la infracción de una competencia institucional específica." (Jakobs, 2000. p.21) En este sentido el obligado de la empresa responderá por no haber cumplido con su competencia institucional, faltando a sus deberes, siendo que siempre será autor; es decir, no podrá ser considerado partícipe.

En nuestra regulación penal, sin embargo, las competencias institucionales de la persona jurídica, se transfieren a determinados miembros de la misma mediante la regla general del *actuar en lugar de otro*, o en los propios tipos penales de la parte especial<sup>13</sup>, lo que permite sancionarles directamente, aunque no posean el rol especial exigido.

En opinión del autor español Bajo Fernández, "la única posibilidad -de imputación a la persona jurídica-, sería la creación de un derecho penal propio

<sup>&</sup>lt;sup>13</sup> Por el contrario, LESCH, "*Intervención delictiva e imputación objetiva*", cit. p. 68 y ss. considera que los deberes institucionales son intransferibles.

de las personas jurídicas que no se sustente en el principio de culpabilidad, sino en la responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad." (Bajo, 1996, p.129).

En esta misma línea se han pronunciado los autores David Baigún, quien emprende la elaboración de un sistema de imputación para las personas jurídicas, donde sustituye la categoría de culpabilidad, por la llamada responsabilidad social<sup>14</sup>.

No se trata de crear un nuevo derecho penal o penal-administrativo, exclusivo para las personas jurídicas, sino de lo que se trata es aplicar criterios de culpabilidad acorde a la naturaleza jurídica de las P.J., de acuerdo a sus propias particularidades, a fin de que puedan ser sancionadas penalmente.

#### 3.6. Teorías que atribuyen responsabilidad a las personas jurídicas

Conforme se viene estudiando, gran parte de la doctrina considera que sí se le debe atribuir RPPJ, que, con el avance y sofisticación de las organizaciones criminales, no resulta suficiente investigar y sancionar a las personas naturales, cuando la actividad criminal se sustenta o tiene su fundamento en la persona jurídica; no se puede hablar de una persecución penal exitosa sin considerar también a estas últimas<sup>15</sup>. En ese sentido, se pretende "construir una teoría del delito en sentido amplio, la cual mantenga dos sistemas de imputación: el de las personas físicas y el de las personas jurídicas." (Bajo, 1994, p.101)

<sup>&</sup>lt;sup>14</sup> BAIGUN: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas", Buenos Aires, 2000, pp. 32, 119 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>15</sup> ZUGALDIA ESPINAR señala: "en el ámbito del derecho penal, está más generalizada la idea según la cual una eficaz prevención de los hechos socialmente dañosos, no puede llevarse a cabo operando exclusivamente sobre la base de la responsabilidad individual" Cfr. Zugaldía Espinar, J.M. "La admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: un pilar básico del moderno derecho penal económico". En Reyna Alfaro, L.M. (Coord.) 2005. Nuevas tendencias de Derecho penal económico y de la empresa. Lima, Ara, p. 445.

#### 3.6.1. Tesis de schunemann

En opinión de Schunemann, sí es posible renunciar a los tradicionales conceptos de acción y culpabilidad con el fin de castigar con penas a las PJ, la misma que se sustentaría en consideraciones preventivo especiales y para proteger el bien jurídico.

Para Schunemann, el único fundamento de legitimación para aplicar una sanción a las P.J., separado de la responsabilidad tradicional, es el estado de necesidad del bien jurídico, en razón a la deficiente forma de enfrentar a la criminalidad empresarial.

Por tanto, para esta teoría, la aplicación de sanciones penales tendría lugar primero: cuando no podría protegerse el bien jurídico de ninguna otra forma; segundo: cuando mantener los bienes jurídicos en peligro resulta ser más gravoso que la sanción aplicable a la empresa; y tercero: cuando la protección del bien más valioso no afecta ningún otro bien preciado o directriz del Estado de Derecho.

En estas circunstancias, los presupuestos de la RPPJ serían:

- a. La existencia de una verdadera amenaza o peligro para el bien jurídico protegido, la misma que no puede ser solucionada con otros mecanismos de solución de control sociales; o también por la dificultad de individualizar a un autor directo.
- b. La existencia de razones preventivo-especiales que justifiquen la imposición de una sanción. Ej. Aplicar una multa a una empresa debe estar dirigida a

consolidar mecanismos de prevención especial, ya que se fortalecería el control interno de la empresa.

c. Que, no haya existido una adecuada organización empresarial para controlar los riesgos y no se pueda identificar al autor individual. Por ejemplo, la aplicación de una pena de multa a la P.J. será legítima si en la empresa se comete un ilícito, y el mismo se hubiera podido impedir, de haber existido una adecuada organización empresarial. (Reyes, 2010)

# 3.6.2. Tesis de zugaldía espinar

En primer lugar, el autor sostiene que, dada la exigencia constitucional de culpabilidad, "son plausibles todos los intentos de adaptar el principio de culpabilidad individual al ámbito de las personas jurídicas, para dejar a salvo, todas las garantías que el mencionado principio conlleva." (Zugaldía, 2005, p. 444)

En segundo lugar, sostiene que la exigencia de RPPJ no vulnera el principio de personalidad de las penas, pues la imposición de sanciones de cualquier tipo (administrativas o medidas de seguridad) a las P.J., tropezaría con lo mismo (la imposición de una multa, por muy administrativa que sea o por muy medida de seguridad que se la llame, repercute sobre los trabajadores y accionistas como componentes de la entidad<sup>16</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>16</sup> ZUGALDIA ESPINAR, José Miguel: *Idem*, p. 445.

#### 3.6.3. Tesis de hirsch

Sostiene que las conductas de los integrantes naturales de la empresa sólo pueden ser atribuidos a estos, son propias. En esa línea de ideas, la acción de la P.J. se considera como una acción realizada por otra persona (física).

Hirsch no encuentra obstáculos para formular un juicio de culpabilidad sobre la persona jurídica, dado que, en su opinión, "es perfectamente posible señalar que existe un enlace entre la culpabilidad de las personas naturales y la de las P.J. Por lo tanto, sostiene que la realización de un juicio de culpabilidad, como reproche ético, sobre las personas jurídicas es una realidad." (Reyes, 2010, p. 28).

#### 3.6.4. Tesis de tiedemann

En esta teoría se admite la existencia de una conducta material de la P.J., aun cuando esta tenga que ser ejecutada por un órgano u otra persona en nombre de la empresa. En otras palabras, aun cuando se trate de la imputación de una conducta de otro. Es decir, se considera que las P.J. sí tienen capacidad de acción.

El rechazo social que respalda la RPPJ, es la culpabilidad por deficiente organización. A decir de Tiedemann, la P.J. puede responder por lo hechos de otros individuos, ya que ello evidenciaría que sus órganos o representantes no tomaron las medidas preventivas para evitar o prevenir infracciones.

En una empresa, cualquier infracción o delito cometido por sus órganos es como consecuencia de la deficiente organización corporativa; siendo así cualquier hecho individual de las personas naturales a cargo de la corporación,

se considera como un hecho de la persona jurídica; y siendo así, la comisión de delitos se le reprocha penalmente a la persona jurídica por no haber prevenido o detectado los mismos.

Tiedemann nos dice, que la razón para atribuir culpabilidad a la P.J., es el mismo que se utiliza para fundamentar una sanción en casos de *actio libera in causa;* es decir, no se estaría sancionando por un hecho en particular, sino por la ausencia de cuidado o de previsión que hubiese evitado el delito.

# 3.6.5. Tesis de silvina bacigalupo

Ha elaborado un concepto de culpabilidad a partir de la idea de que las personas jurídicas tienen el poder de poner en riesgo la estabilidad de las normas penales a través de sus estructuras, y por ellos es necesario que reciban una sanción penal, pues no se puede reparar la lesión del bien jurídico vulnerado, con una mera sanción de la persona física...<sup>17</sup>.

Entre tanto, Carlos Gómez Jara-Diez sostiene que la construcción de la culpabilidad de las PJ implica que es necesarios incorporar un plan general de cómo superarlo. Esta superación pasaría por realizar un cambio de paradigma<sup>18</sup>. En efecto, se ha propuesto como vía de solución, tanto en la dogmática jurídico-penal alemana<sup>19</sup>, como en la española<sup>20</sup>, de realizar un cambio de paradigma: fundamentar la RPPJ en la teoría filosófica de Hegel y

<sup>&</sup>lt;sup>17</sup> Bacigalupo, Silvina: La RPPJ. Barcelona. pp. 199 y ss 1998. A partir de estos conceptos, la persona natural no es el único sujeto posible de sanción del Derecho penal. Con todo, la misma autora reconoce que el estado de elaboración del planteamiento de Jakobs, no permite considerar a la PJ como sujeto de D.P., dado que "mantiene la concepción del sujeto un referente material determinado por la persona y cuyo ámbito normativo se encuentra dado por el ciudadano".

<sup>&</sup>lt;sup>18</sup> Con mayores detalles, GOMEZ JARA-DIEZ: *La culpabilidad penal de la empresa*. Madrid, Marcial Pons. 2005, p. 202 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>19</sup> Entre otros, se puede mencionar a: Botke, Heine, Lampe, Schunemann.

<sup>&</sup>lt;sup>20</sup> Se pueden mencionar a: Bacigalupo Saggese, De Lagándara Vallejo, Zúñiga Rodríguez, Soto Navarro, etc.

en la concepción sociológica funcionalismo de Luhmann. Así este sector de la doctrina considera que gracias a estas premisas pueden superarse las barreras imperantes en este ámbito.

En el contexto de los postulados de Hegel y Luhmann, el Derecho, la empresa y el propio ser humano son sistemas objetivos, es decir, son productos sociales<sup>21</sup>: el Derecho es un sistema funcional y la empresa como la persona individual son sistemas de organización.

Gómez Jara, postula que la concepción social del Derecho implica que el sistema jurídico no está conformado por seres humanos, o por acciones, sino por comunicaciones jurídicas<sup>22</sup>. La organización empresarial se constituiría así misma y adquiriría una capacidad autoorganizativa que la hace independiente a su entorno, es decir adquiere autonomía normativa y funcional para autodeterminarse u autoadministrarse, a través por ejemplo de una cultura empresarial que adquiere vigencia y se adecua a los nuevos cambios dentro de la organización.

# 3.7. Fundamentos políticos-criminales para la atribución de responsabilidad

Quienes afirman la necesidad político criminal para atribuir responsabilidad penal y establecer consecuencias jurídico penales a las personas jurídicas, fundamentan ello en tres situaciones: En primer lugar, no siempre es posible investigar o aplicar sanciones a las personas físicas (directivos de la empresa) por ilícitos cometidos dentro de la actividad de la P.J.

<sup>&</sup>lt;sup>21</sup> HEGEL, G.W.: Rasgos fundamentales de la Filosofía del derecho, Op. Cit. prefacio del traductor, p. 53.

<sup>&</sup>lt;sup>22</sup> FEIJOO SANCHEZ, J: Teoría de sistemas y sistema jurídico: La Normativización del derecho penal (hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación). 2007, Lima, Ara, p. 53.

En segundo lugar, aun cuando la sanción sea posible, superando las dificultades probatorias, no resulta suficiente para la criminalidad económica o la criminalidad organizada. Y, en tercer lugar, las alternativas destinadas a sancionar a las personas jurídicas, al margen del proceso penal (sanciones o medidas administrativas), son inadecuadas para gran parte de la criminalidad que se crea en la actividad de la empresa. A continuación, se desarrolla cada uno de estos fundamentos:

# 3.7.1. Dificultad para sanciones individuales

La división de trabajo, que es característica de las personas jurídicas, dificulta de manera importante la responsabilidad penal individual. Ello puesto que esta nace de la coexistencia de los elementos de atribución de funciones o competencias específicas que estén vinculadas directamente con la producción de eventos delictivos. En cuanto estos factores se separan, nacen también obstáculos, para la atribución de responsabilidad individual pues en este tipo de empresas se suele destruir los indicios o pruebas que implican a sus órganos o representantes con algún injusto penal<sup>23</sup>.

Para Feijoo, "en la distribución de competencias y roles se dificulta la atribución de un hecho jurídico a una persona determinada como sucede en los atentados contra el medio ambiente, ejecutados por empresas contaminantes." (Feijoo, 2002, p. 37)<sup>24</sup>. Apunta Feijoo que existe un encuentro entre la toma de decisiones y la ejecución de estas, como el caso del trabajador que ejecuta el acto contaminante, pero no tiene poder de decidir ni cuenta con competencias

<sup>&</sup>lt;sup>23</sup> Al respecto Seelmann, agrega que: "además de las dificultades de índole probatorio nos encontraríamos con la exigencia insuperable de la tenencia de conocimientos especiales por parte del extraneus (peritos)". Cfr. SEELMANN K.: "Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias.

<sup>&</sup>lt;sup>24</sup> FEIJOO SANCHEZ J.: Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente (presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas. 2002, Madrid, Civitas, p. 37.

suficientes, y los que sí tienen son personas que no participan en actos de ejecución de la conducta indebida. De esto concluye Feijoo, que cuanto más compleja sea la organización de una empresa es menos eficaz el sistema jurídico penal tradicional <sup>25</sup>.

En lo que concierne a la filosofía criminal de las organizaciones empresariales, el autor mencionado, afirma que la criminalidad usualmente es la suma de un *managment* deficiente, o de una concreta actitud, cultura, ética o filosofía empresarial. Esta ética empresarial respecto a la creación de riesgos contra el medio ambiente es consecuencia de una cascada de decisiones defectuosas (risk managment), que es el fundamento de la *culpabilidad de la corporación*<sup>26</sup>.

Bajo esa óptica, no es solamente un sujeto individual o persona natural, sino todo un sistema social, ente colectivo o corporativo, el que resulta peligroso o lesiona un bien jurídico protegido como el medio ambiente.

# 3.7.2. Insuficiencia de la responsabilidad individual para la criminalidad organizada

En la criminalidad organizada empresarial, es imposible atribuir responsabilidad a personas concretas integradas en su estructura por razones probatorias o técnico-jurídicas. En esta línea se pronuncia Roxin, quien señala

<sup>&</sup>lt;sup>25</sup> Así FEIJOO SANCHEZ, J. "Empresa y delitos contra el medio ambiente", en Reyna Alfaro L. (Coord). Nuevas tendencias de derecho penal económico y de la empresa, 2005, Lima, ARA, pp. 875-876. Para este autor: el problema central para determinar la autoría en el marco de las empresas es la desmembración entre actividad de dirección, facultad de información, y poder de decisión, máxime si se aprecia la intervención de varias personas.

<sup>&</sup>lt;sup>26</sup> Así, DE LA GANDARA VALLEJO, B.: Curso de derecho penal económico (Director Bacigalupo Zapater), Barcelona 1998, p. 55 y ss., GRACIA MARTIN L.: La cuestión de la RPPJ, 1993, En Actualidad penal Vol. II. FEIJOO SANCHEZ J.: Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente. Madrid, Civitas, p. 42.

que, "en la mayoría de ocasiones, resulta complicado determinar e individualizar a los miembros responsables, pues las funciones de la empresa se dividen entre varios miembros de la organización..." (Roxin, 1998, p. 440)

Por ello es necesario atribuir a la P.J. una culpabilidad directa, además de la que corresponde a la persona física, y no meramente subsidiaria de esta. Esta última para entender que la necesidad político criminal de hacer responsables a las P.J., sólo se suscitaba cuando era imposible sancionar a las personas físicas.

Crear un esquema de prevención de delitos corporativos basado únicamente en la sanción de personas naturales, deja impune a la empresa que promueve su comisión, así como el patrimonio que obtuvo con ella. En efecto, la imposición de penas privativas de la libertad a personas concretas de la estructura organizativa, en nada afecta a esta última, de modo que "el entramado organizativo que hizo posible el delito seguiría indemne tras la atribución de responsabilidad individual." (Zugaldia, 1980, p.76) <sup>27</sup>.

Tampoco resulta idóneo la sola sanción al ente corporativo, descuidando la sanción a la persona natural, esto desnaturalizaría la función del derecho penal y la pena; por ello, la solución esperada pasaría por la atribución de responsabilidad de manera acumulativa y no subsidiaria.

<sup>&</sup>lt;sup>27</sup> Este autor señala que la probable sanción sólo a los miembros individuales de la corporación, no es justa ni preventiva de futuros hechos delictivos, pues la impunidad de la empresa la hace más fuerte para seguir cometiendo delitos a través de su organización defectuosa, sabiendo que no será sancionada, y seguirá utilizando a otros miembros de su estructura con fines ilícitos.

#### 3.7.3. Insuficiencia de las sanciones administrativas

Existe insuficiencia preventiva la sola imposición de sanciones administrativas, en particular de multas de esta naturaleza<sup>28</sup>.

Las sanciones jurídico-penales, tienen una mayor fuerza de reproche que las sanciones administrativas, aun cuando sean de la misma calidad, no se compara la sanción penal ya que esta implica un significado ético social más grave, es decir que su significado comunicativo es muy superior, implica que el hecho cometido merece tanto desvalor como el que es propio de las sanciones penales individuales.

Es decir, no resulta razonable esperar a que el procedimiento administrativo se encuentre en condiciones de hacer frente casos de personas jurídicas dentro del marco del crimen organizado, las mismas que tienen una estructura compleja de actuación delictiva, dedicadas, bajo una fachada legal, a la comisión de delitos especialmente graves como son: tráfico de armas, drogas, pornografía, blanqueo de capitales, etc.

#### 3.8. Atribución de rppj

#### 3.8.1. Responsabilidad por atribución o por hecho ajeno

Importa que la persona física perteneciente a la empresa comete un delito. Según esta teoría, la responsabilidad que genera la persona física se pasa

<sup>&</sup>lt;sup>28</sup> En sentido contrario se pronuncia NIETO GARCIA, quien sostiene que: La realidad universal es que prácticamente todos los sistemas normativos entienden que las personas jurídicas deben ser sancionadas administrativamente y de hecho así lo son. Cfr. NIETO GARCIA: *Derecho administrativo sancionador*, primera edición, Madrid, 1993, p. 310-311.

o transfiere a la PJ, pues se considera que los hechos de sus órganos, son también de la P.J., por la relación que existe entre ellos.

Los hechos que se atribuyen a la persona jurídica, pueden ser por acción u omisión, siempre que los órganos de representación omitan deberes de vigilancia, de responsabilidad, o de selección de personas idóneas para determinada función. Este tipo de responsabilidad por atribución es el que impera en la legislación alemana.

En el sistema anglosajón, se acepta la RPPJ, con un modelo parecido al de la atribución, debido a que en dicho sistema también se considera que quien comete el delito es una persona natural, que está vinculada jurídicamente a la organización, como para afirmar que expresa lo que la empresa busca u objetiviza. Por ello, la PJ puede ser sancionada directamente, pues se entiende los actos de la persona física como actos de la empresa<sup>29</sup>.

Sin embargo, este sistema apunta a una responsabilidad alternativa más que acumulativa<sup>30</sup> y, en esa medida, no satisface la necesidad de sancionar tanto al órgano como a la persona jurídica. Desde la perspectiva que propone se señala que al tratarse de un sólo hecho, cometido por una persona física, el doble castigo por lo mismo está proscrito...<sup>31</sup>

<sup>&</sup>lt;sup>29</sup> SILVA SANCHEZ, J.: La RPPJ y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español. Op. Cit. p. 162.

<sup>&</sup>lt;sup>30</sup> NIETO GARCIA: Derecho administrativo sancionador. Op. Cit. p. 314 y ss.

#### 3.8.2. Responsabilidad por hecho propio

Según esta teoría, no se requiere transferir la culpabilidad por el hecho a la PJ. Lo que se busca es una culpabilidad propia de la P.J., en el entendido que más allá de las personas que pasan por la empresa, esta tiene existencia independiente a sus representantes, y por tanto se les debe hacer responsables de los ilícitos que a través de ella se puedan cometer.

El hecho se debe entender en virtud a la violación de los deberes de organización de la actividad empresarial, cuando esto ha sustentado el acto ilícito, por la actuación de alguna persona natural.

La construcción de la culpabilidad por deficiencias de organización sigue vinculada a un hecho ajeno de una persona natural; es decir, a la acción u omisión de los integrantes de la P.J.

#### 3.8.3. Responsabilidad en función de los sistemas sociales

Los seguidores de esta teoría son: Luhmann, Jakobs, Silvina Bacigalupo, y Carlos Gómez Jara-Diez.

Jakobs pone de manifiesto que "la teoría de la acción (y de la culpabilidad) es una teoría sobre el sujeto. Por lo tanto, el contenido de las categorías dogmáticas dependerá de la idea de sujeto que se adopte." (Jakobs, 1983, p.4) Es decir que no solo el individuo ó persona física puede ser considerado sujeto.

Desde la perspectiva de Jakobs, basada en una idea de sociedad que no toma como punto de partida la filosofía de conciencia individual, es decir, que

no es un sistema compuesto de sujetos que concluyen contratos y producen imperativos categóricos, sino un sistema cuyo componente básico es la comunicación, los conceptos de la teoría del delito (sujeto, acción, culpabilidad, pena) necesitan ser reelaborados<sup>32</sup>.

Sujeto no es quien ocasionó un resultado, sino aquél tenga la competencia, es decir, quien tenga el deber de. Así, el sujeto del derecho penal es uno mediado por lo social (persona), del ámbito de deberes (competencia) y de la norma como expectativa social institucionalizada. Por ello ser sujeto significa que ejerce una función (Rol) y no la mera expresión de la subjetividad de su portador, se trata de una competencia socialmente comprensible. En esa línea de idea, la persona jurídica también es sujeto del derecho penal.

Por su parte Silvina Bacigalupo, considera que las elaboraciones de las categorías dogmáticas de la acción y la culpabilidad dependen del concepto de sujeto que se considere. El problema, señala, se encuentra enlazado al sujeto mismo, más que a los conceptos de acción y culpabilidad<sup>33</sup>.

Para esta autora, el estudio del sujeto del derecho penal, conlleva a revisar los conceptos de acción, culpabilidad y de pena; por tanto, la cuestión de debate se circunscribe, más que a los conceptos dogmáticos de la teoría del delito, como una discusión sobre la teoría del sujeto del DP.

Según Bacigalupo, la teoría de los sistemas sociales y la prevención general positiva ofrecen una buena posibilidad para redefinir el concepto de

<sup>&</sup>lt;sup>32</sup> JAKOBS, G.: Prevención y culpabilidad, 1983, p. 110. El mismo: Sociedad, Norma y persona), Berlín, 1997, p. 42 y ss.

<sup>&</sup>lt;sup>33</sup> Vid. BACIGALUPO, S.: La RPPJ: un problema del sujeto de derecho penal. En García Cavero, P. (Coord), 2002. La responsabilidad de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, ARA, p. 128.

sujeto del derecho penal; esto se debería a que "la teoría de los sistemas permite una descripción del sistema jurídico basada en la distinción de sistemas sociales y sistemas psíquicos, permitiendo una descripción del sistema jurídico en la que el punto de partida no sea precisamente un sujeto individual autoconsciente." (Reyes, 2010, p. 72)<sup>34</sup>.

Por otro lado, Bacigalupo señala que la prevención general positiva, no supone una noción de pena que sólo se pueda legitimar por el reproche a un sujeto individual (como las teorías absolutas) o por la expresión de una personalidad social (como la teoría preventiva especial), sino que para alcanzar dicha legitimidad deberá orientarse a mantener la vigencia de la ley como pilar de la vida armoniosa en la sociedad<sup>35</sup>.

Como es sabido, los conceptos tradicionales de acción y culpabilidad en el Derecho Penal, del cual nuestro país ha estructurado toda la dogmática penal, se han originado de un concepto psicofísico de persona, a una concepción naturalista de derecho. Por esa razón, la acción es concebida como una expresión de la voluntad psicofísica y libre de la persona natural, en tanto que la culpabilidad se considera como comportamiento humano susceptible de reproche ético social.

Estas concepciones en varias partes del mundo han sido superadas, en razón de que la realidad social, las obligaciones y complejidad que impone la sociedad a las personas naturales o jurídicas; así como el avance y los actuales

<sup>&</sup>lt;sup>34</sup> REYES TELLO, R.: Op. Cit. p. 72.

<sup>&</sup>lt;sup>35</sup> En este sentido Bacigalupo señala: "el fin primordial de la imposición de la pena a una persona jurídica, al igual que a una persona física, es cumplir con el restablecimiento de la vigencia de la norma". Vid. Bacigalupo, S.: Responsabilidad penal de las personas jurídicas, Buenos Aires, 2001, Hammurabi, p. 353.

mecanismos del crimen, exigen al Derecho penal estar acorde a la sofisticación del crimen para hacerle frente.

Las valoraciones sociales han cambiado y por tanto también ha cambiado la percepción de la persona, de la sociedad y del derecho; ante lo cual es necesario formular una nueva estructura dogmática del derecho penal que pueda imputar RPPJ, considerando que estos entes, tan igual, o a mayor escala que las personas naturales, son generadoras de riesgos y de ilícitos penales.

# 3.9. La R.P.P.J. en el derecho comparado

A través del tiempo, muchos países alrededor del mundo ven la necesidad de implementar la culpabilidad de las empresas dentro de sus respectivas legislaciones, a continuación se hará una reseña de algunos países de Europa, que han implementado este tipo de responsabilidad:

# 3.9.1. En la legislación de Holanda

En el Código Penal Holandés, se entiende que la comisión de delitos puede darse por las personas naturales como las jurídicas, rigiendo por tanto el principio *societas delinquere potest*. Específicamente el art. 51 del Código Penal señala: "1. Los delitos pueden ser cometidos por personas físicas o por personas jurídicas. 2. En el caso de un delito cometido por una persona jurídica pueden ser perseguidas y sancionadas: a. la empresa, b. la persona que haya

realizado el delito, así como la persona que haya favorecido la comisión del mismo; c. cualquiera de los sujetos a la vez." <sup>36</sup>

### 3.9.2. En la legislación de Francia

El artículo 121, inciso 2 del nuevo Código Penal francés de 1994, establece que "las personas jurídicas son punibles como autoras o partícipes tanto de una acción como de una omisión siempre y cuando dicha punibilidad se encuentre recogida expresamente por la ley y que el hecho haya sido realizado por un órgano representante de la misma en su propio beneficio."

Es decir, en Francia se sanciona tanto a una persona jurídica de derecho privado, como de derecho público con excepción del Estado.

No se regula automáticamente dicha responsabilidad, sino que debe estar expresamente contenida en una ley penal previa, con lo cual se evidencia que rige el principio de legalidad.

#### 3.9.3. En la legislación del Reino Unido

Muchos de los casos de culpabilidad de las empresas, se evidencian en el ámbito del derecho penal económico o de supuestos típicos reguladores de la actividad empresarial. Como se sabe, en el sistema del Common Law, la fuente del derecho penal es la Jurisprudencia, por ello es de vital importancia los casos que la línea jurisprudencia ha seguido.

<sup>&</sup>lt;sup>36</sup> El primer antecedente dentro de la legislación penal holandesa, que contempla la RPPJ se encuentra en la conocida "ley de los delitos económicos" del 22 de junio de 1950. Esta norma fue derogada, pero su contenido fue recogido por el art. 51 del Código Penal Holandés, que entró en vigencia en 1976.

Pero además de la línea jurisprudencial que regula la RPPJ, dicha problemática también se encuentra regulada en numerosas leyes, tales como: la Ley Natural Heritage de 1991, que protege el medio ambiente y la naturaleza.

Por ejemplo, en el sistema jurídico anglosajón, el ordenamiento inglés, fundado en el criterio de identificar a la empresa con el autor individual del delito (teoría de la identificación), estatuye que la responsabilidad del ente es independiente y autónoma de la de sus miembros. Ella obra a través de sus dirigentes. En Estados Unidos, de acuerdo con el criterio de la responsabilidad vicaria, la empresa es responsabilizada indirectamente por los delitos de cualquiera de sus miembros, a condición de que estos los cometan en el ámbito de su autorización y en provecho de la empresa misma<sup>37</sup>.

El sistema francés, se basa en la idea de la *criminalité d'emprunt* (la empresa toma prestada la responsabilidad del agente singular), la RPPJ se construye sobre la base de un modelo de atribución normativo y teñido de consideraciones de política criminal<sup>38</sup>.

<sup>&</sup>lt;sup>37</sup> PARISI, Angelo: Theories of corporate criminal liability. En Hochstedler (editor), Corporations as Criminals. Perspectives in Criminal Justice, Nueva York, 1984, p. 46.

<sup>&</sup>lt;sup>38</sup> PRADEL, Jean: Droit penal general. 16 edición, París: Cujas, 2006, 527 y ss.

# Capítulo IV: Los programas de cumplimiento normativo (Compliance Programs)

#### 4.1. Antecedentes y estado actual

El origen del Compliance o programas de cumplimiento se identifican con el sistema anglosajón o Common law, específicamente en Estados Unidos de América donde se suele identificar el origen del compliance, en el ámbito del Derecho de la Competencia. Así, por ejemplo, Nieto Martín sostiene que:

a partir de la mitad de los años 40 algunas empresas, fabricantes de componentes eléctricos, se dotan de programas de cumplimiento para la prevención de conductas contrarias a la competencia. En esos años el Departamento de Justicia [Department of Justice USA.] descubre un importante cartel en ese sector y exige a las empresas que se doten de programas de cumplimiento. El derecho de la competencia fue, por lo tanto, uno de los orígenes de los programas de cumplimiento, de hecho a finales de los años 80 se le consideraba aún el sector donde las estrategias de cumplimiento se encontraban más avanzadas. (Nieto, 2015, p.27).

En resumen, y para los efectos que aquí nos interesan, la FCPA<sup>39</sup> (Ley de prácticas corruptas en el extranjero) prescribe la obligación de las empresas de incorporar medidas de control internas [programas de cumplimiento] para prevenir la corrupción. Como bien sostiene Nieto Martín, desde entonces y sobre todo a partir de los años 90, los programas de cumplimiento se han convertido en una de las piezas fundamentales en la lucha contra la corrupción.

<sup>&</sup>lt;sup>39</sup> FCPA: Ley de prácticas corruptas en el extranjero de 1977, es una ley federal de los EEUU que prohíbe a los ciudadanos y entidades estadounidenses, sobornar a funcionarios de gobiernos extranjeros para beneficiar sus intereses comerciales.

"Desde la primera mitad del siglo XX, las corporaciones han asumido un papel preponderante en el funcionamiento de diversos sectores sociales esenciales. (Nieto, 2008, p.1), lo que las ha convertido también en el principal centro de creación de riesgos, especialmente aquellos conocidos como "nuevos riesgos".

Las distintas dinámicas, en la existencia y desarrollo de actividades de una persona jurídica (empresas), puede llegar a tener connotación ilícita, con el uso de la tecnología, industria de efectos nocivos, o riesgos masivos; son efectos propios del desarrollo moderno de algunas empresas.

Ante tal realidad, el Estado, a través de sus instituciones asume un papel de alerta, preventivo, normativo sobre dichas actividades, a fin de mantenerlas controladas a un nivel de mínima o nula afectación a los individuos o la sociedad.

La intervención del Estado en el control o regulación de las personas jurídicas puede darse de manera directa, a través de diversos mecanismos, lo cual implicaría que debe asumir los costos de tal supervisión o control; o también puede darse a través del autocontrol o autorregulación de las propias empresas de sus situaciones de riesgos, lo cual no genera costos al Estado.

En una punta "se encuentra el modelo de intervención estatal puro, el cual asigna al Estado la función de definir los mecanismos de prevención que la empresa debe adoptar, supervisar su implementación y sancionarla en caso de incumplimiento (el modelo de comando y control)" (Coca, 2013, p.44). En el otro extremo se encuentra la visión complemente liberal de dejar bajo la responsabilidad de la empresa

<sup>&</sup>lt;sup>40</sup> BOCK, Denis: Criminal Compliance, Baden-Baden: Nomos, 2011, p. 29 y ss, en relación con o que califica de riesgos modernos.

misma el establecimiento de las medidas de aseguramiento de los riesgos conforme las exigencias del mercado (el modelo de la autorregulación)<sup>41</sup>.

No obstante, la aplicación de la primera fórmula resulta impracticable debido a que el Estado no podría intervenir y controlar eficazmente a cada empresa, dada la diversidad y complejidad de cada estructura y funciones de la persona jurídica; y tampoco ha sido exitosa la segunda opción, pues las personas jurídicas (empresas), ven poco atractivo invertir en su autocontrol, pues no lo ven como una posibilidad de obtener beneficios económicos.

Para dar mayor transparencia a la gestión de las personas jurídicas, se ha creado el concepto de "Responsabilidad social corporativa", que lo que busca es que las empresas se desarrollen éticamente, en armonía con el entorno social en el cual realizan sus operaciones, por ejemplo cumpliendo estándares de orden laboral, respetando los derechos humanos, preservando el medioambiente, cuidando de ser responsable con los socios, proveedores, clientes, transparencia de la gestión frente a los inversionistas, y ante la sociedad en la cual tiene un impacto.

Otro concepto que deriva del anterior, es el llamado "Buen gobierno corporativo", lo cual implica la elaboración de normas o códigos basados en principios éticos, que establecen estándares en la dirección de las personas jurídicas para garantizar una administración y gestión transparente y confiable.

"Dentro de los estándares del Buen gobierno corporativo, cabe destacar la necesidad de incorporar en la empresa una cultura del cumplimiento que asegure la

<sup>&</sup>lt;sup>41</sup> Resulta conveniente precisar que la autorregulación no debe entenderse como un retroceso del Estado en la función reguladora (desregulación), sino, paradójicamente, como expresión de una regulación más rigurosa y eficaz. Vid. ESTEVE PARDO, José: Autorregulación: génesis y efectos, Navarra, Aranzadi, 2002, p. 27 y ss.

observancia de la ley por medio de medidas de prevención y detección de las infracciones legales (compliance)." (Nieto, 2015, p.38)

Así entonces, Bacigalupo (2012) indica que

se garantiza a los inversionistas o a cualquier otra persona que quiera vincular sus intereses económicos a la gestión exitosa de una empresa, que los riesgos de ver a la empresa inmersa en una disputa o conflicto judicial se encontrarán de alguna manera controlados por un programa de cumplimiento normativo. El que la empresa ajuste su actuación a la legalidad deja de ser, pues, un tema netamente ético para adquirir también una significación económica. (p.46).

Por estas razones el Compliance constituye una herramienta muy importante del buen gobierno corporativo.

Iniciado el presente siglo, la implementación de un programa de Cumplimiento (Compliance), ya no solo repercute en la imposición de sanciones penales, sino que incluso la ausencia de este genera la imposición de sanciones a las personas jurídicas.

En muchos países europeos ha aumentado la tendencia a aprobar normas especiales que exigen a las empresas a incorporar ciertas medidas en sus sistemas de prevención.

La progresiva incorporación de la RPPJ, es utilizada para enlazar esta responsabilidad al cumplimiento de los programas preventivos (Compliance), como criterio de fundamentación de la pena a imponer a las P.J.

En el Perú un inicio de esta forma de prevención de riesgos, se dio en el año 2013 con el llamado "Código de Buen Gobierno Corporativo para las Sociedades

Peruanas", en cuyo principio 25 se destaca la gestión integral de riesgos según el tamaño y complejidad de la sociedad. Este promovió una cultura de prevención de riesgos dentro de la persona jurídica, desde el Directorio y la alta gerencia hasta los propios colaboradores. De esto se deduce que, dentro de los principios de buen gobierno corporativo de las empresas peruanas, se considera la incorporación de un programa de compliance normativo para evitar los riesgos corporativos.

En nuestro país también se han dado normativa sobre la protección del medio ambiente, la seguridad en el trabajo y el lavado de activos, que constituyen ámbitos de riesgo especialmente sensibles dentro de las personas jurídicas, con lo cual se evidencia que el legislador impone a las empresas la obligación de implementar programas de cumplimiento normativo; por lo que el Compliance, ya no es más un concepto novedoso de solo aplicación teórica, sino que la legislación nacional le ha dado ya un lugar dentro de la normativa que se puede aplicar a las P.J. (empresas).

La relevancia jurídica del Compliance ha tomado mayor importancia en el Perú con la aprobación de la ley N° 30424, la misma que establece una culpabilidad para la P.J. por la comisión de delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Sin la intención de ingresar, por ahora, en el debate de si dicha responsabilidad es administrativa o penal<sup>42</sup>, lo que resulta oportuno resaltar aquí, es que en su artículo 17, estipula que la P.J. quedará exenta de responsabilidad, siempre que antes de que se haya producido la lesión al bien jurídico, haya incorporado e implementado en su organización, un modelo de prevención, adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características.

<sup>&</sup>lt;sup>42</sup> GARCIA CAVERO, Percy: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, en GARCIA RIVERA, Esther Paola (Coord), III Convención de derecho público, Lima, Palestra, 2016, p. 149 y ss.

García (2017) opina que:

Este modelo debe estar conformado por medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Esta normativa si bien no impone a las personas jurídicas la obligación de adoptar un compliance para evitar la comisión de determinados delitos por sus miembros individuales, hacerlo, tendrá el efecto de un eximente de responsabilidad. (p.31)

#### 4.2. Finalidad

Es asegurar un buen gobierno corporativo en general dentro de las personas jurídicas (empresas o corporaciones), esto a su vez trae como consecuencia directa la prevención y control de riesgos, evitar la comisión de actividades ilícitas; lo cual conlleva a la implementación de una serie de medidas de organización y vigilancia al interior de la empresa, pues esta cuenta con los recursos para monitorear eficazmente sus propias actividades.

La prevención implica evitar que un miembro de la empresa se decida actuar ilícitamente dentro de la actividad de la empresa y por ende evitar que los demás miembros de la corporación participen de dicha ilegalidad. Por otro lado, evitar que sea la propia organización empresarial la que provoque o genera actividades ilícitas individuales o colectivas, lo cual lleva a su vez a evitar las organizaciones defectuosas.

Al Compliance se le atribuye también una función acorde a Derecho, esto se manifiesta a través de mecanismos transparentes y seguros de detección de irregularidades o actividades ilícitas dentro de la organización, las cuales pueden ocurrir, ante lo cual debe imponer no solamente las sanciones internas, sino también

comunicar o sindicar a los responsables ante las autoridades fiscales o judiciales pertinentes, esto asegura la fidelidad de la empresa al derecho, que otorga el Compliance.

El control o supervisión de las actividades de las personas jurídicas pasa del ámbito del Estado, a la propia gestión de las empresas, toda vez que resultaría imposible que las instituciones del Estado puedan realizar tal control de acuerdo a las características propias de cada persona jurídica, lo cual también implica muchos obstáculos para obtener la prueba necesaria en cada caso concreto; sino que debe ser la misma empresa un activo colaborador de su actuación fiel al derecho. Esto no es una incapacidad del Estado, sino una forma más eficiente de control.

#### 4.3. Naturaleza

En principio el Compliance nació como una iniciativa privada de autorregulación de las propias personas jurídicas, por cuestiones de carácter ético, de reputación, mejor posicionamiento en el mercado o evitar perjuicios económicos patrimoniales.

En un segundo momento, el Estado empieza a intervenir en la conformación del Compliance por parte de las empresas; esta intervención no es directa en el sentido de obligarlas a hacerlo y establecer expresamente los límites de su elaboración. El compliance sigue teniendo una naturaleza privada, conforme a la libre decisión de la empresa; sin embargo, el Estado presta su apoyo en esta tarea a través de la formulación de modelos de programas de cumplimiento o de principios generales que

considera óptimos o recomienda incorporar<sup>43</sup>. Se habla en este caso de una corregulación privado estatal.

La intervención estatal se hace mayor y fomenta el compliance cuando establece que la implementación de estos mecanismos, atenúa o exime la RPPJ.

Si bien la naturaleza general del compliance sigue moviéndose bajo la idea de la autorregulación, es indiscutible que "existen ciertos sectores específicos en los cuales las empresas están obligadas bajo sanción, no solo a implementar un programa de cumplimiento, sino también a hacerlo con base en parámetros legalmente establecidos." (Gómez, 2012, p.115).

Tal como sucede en la prevención de lavado de activos, donde constituye una obligación de las personas jurídicas adoptar mecanismos para prevenir y detectar este tipo de ilícitos penales.

#### 4.4. Criminal compliance en las empresas

El punto de partida es que no existe una norma jurídica que, de manera general, "imponga a las empresas la obligación de implementar un programa de cumplimiento normativo que asegure la observancia de las leyes penales." (Clavijo, 2011, p. 635). Es decir que será la propia persona jurídica quien evalúe la implementación del criminal compliance a fin de evitar la comisión de ilícitos penales, y de ocurrir estos, a detectar su origen, causas, e impedir que vuelvan a ocurrir, lo cual conlleva a un desempeño más transparente y eficaz de la organización empresarial.

<sup>&</sup>lt;sup>43</sup> GOÑI SEIN, Jose Luis: Programas de cumplimiento empresarial (Compliance programs): Aspectos laborales, en MIR PUIG, Santiago: Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid, Edisofer, 2014. p. 367.

En nuestro país se ha emitido la Ley Nº 30424, a través de la cual se sanciona a las P.J. por la comisión de delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Ello representa un gran avance en la regulación de lo que se denomina Criminal compliance, en la se acepta la posibilidad de eximir de RPPJ si esta ha adoptado (antes de la comisión de algún ilícito penal) mecanismos o un sistema de cumplimiento o prevención para evitarlos. Y, si bien, esta ley no obliga a implementar estos mecanismos; empero, sí otorga el beneficio de la exoneración de sanción a la persona jurídica que sí lo implementa.

# 4.5. Funciones del criminal compliance

La principal función es el cumplimiento de la normatividad jurídico penal, a través de la prevención de ilícitos dentro de la persona jurídica, y en caso estos se produzcan, la misma empresa debe activar todos los mecanismos para evitar la recurrencia de conductas que vuelvan a generar riesgos, así como poner el hecho a conocimiento de las autoridades de la administración de justicia, a los presuntos responsables, así como la documentación y medios probatorios con los que cuente.

Estos objetivos específicos del Criminal compliance repercuten en el sistema jurídico penal doblemente. Por un lado, "las medidas preventivas adoptadas deben llevar efectivamente a una reducción del número de infracciones penales en el ámbito de la empresa, lo que se corresponde con lo que, en el plano criminológico, se denomina como prevención situacional del delito." (Agustina, 2010, p. 393). Por otro lado, si un delito es cometido en el marco de la actividad empresarial aun habiéndose cumplido el rol de prevención, a la empresa le corresponderá mostrar una actitud de fidelidad al derecho mediante la adopción de medidas de mitigación y compensación de los daños producidos como consecuencia del ilícito penal.

# 4.5.1. La función de prevención de delitos

La función de inicio del criminal compliance, se manifiesta en un esfuerzo de las personas jurídicas por adoptar todos los mecanismos ó formulas al interior de la empresa para evitar o prevenir la comisión de ilícitos a través de la organización empresarial, de acuerdo a la naturaleza, fines y razón de ser de la persona jurídica; busca eliminar la impunidad de los integrantes de la organización que sean responsables, así como de brindar un escudo protector a las actividades empresariales para soslayar cualquier infracción delictiva. La clave es identificar los riegos para a partir de ahí establecer barreras o mecanismos de prevención idóneas.

Se debe procurar dos ideales en la idea de prevención, por un lado la implementación de un sistema de cumplimiento normativo debe tener instrumentos de prevención serios e idóneos, no basta simplemente con meras simulaciones o estrategias de marketing solo para cumplir dicha exigencia; un compliance cosmético equivale a la ausencia de este; y, además dicha implementación debe ser atractivamente económica para la empresa, los costos deben estar dentro de sus parámetros de gastos, de lo contrario de nada servirá la promoción o exigencia de este tipo de sistemas de prevención.

La prevención es uno de los factores más importantes de un programa de cumplimiento; pues, en una organización empresarial, la conducta de los integrantes de la empresa está enérgicamente influenciada por el entorno, por lo que un contexto de cumplimiento de la legalidad a partir del compliance, favorecerá el acatamiento de la normativa de todos los miembros y reducen por tanto la comisión de hechos delictivos.

Por otro lado, para que la instalación de un sistema de cumplimiento sea viable económicamente, la persona jurídica debe considerar que es más rentable la implementación del sistema de cumplimiento, antes que no tenerlo, pues esta segunda opción implica someter a la persona jurídica a una eventual sanción por la comisión de ilícitos penales al interior de la organización (análisis costo-beneficio).

# 4.5.2. Las medidas de prevención del criminal compliance

Antes de aplicar o determinar las medidas de prevención, primero se debe determinar o identificar cuáles son los riesgos presentes o futuros que genera el funcionamiento de la persona jurídica, de acuerdo a sus actividades, naturaleza, organización; que podrían generar la comisión de delitos.

La identificación de los riesgos de infracción penal debe centrarse en aquellos que se derivan razonablemente de la actividad específicamente realizada por la empresa<sup>44</sup>.

Siendo que dependiendo de las actividades o procesos que desarrollan las personas jurídicas, corresponde a las empresas determinar o evaluar qué clase de medidas preventivas se van a implementar en el sistema de cumplimiento normativo. Para tal efecto la empresa debe ponderar los costos de las infracciones penales en relación con la carga económica que le supondría dichas medidas.

<sup>&</sup>lt;sup>44</sup> En este sentido ARTAZA VARELA, Osvaldo: Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal. Madrid, Edisofer, 2014, p. 250.

Las medidas a implementar a las personas jurídicas podrían ser: un código de conducta de los trabajadores, directivos, gerentes, que regule su conducta al interior de la empresa para evitar la comisión de delitos; y, cómo deben actuar ante la verificación de un ilícito; delimitar lo más claramente posible las competencias de cada uno de los integrantes de las personas jurídicas a fin de individualizar eficientemente al responsable de cada actividad de la empresa; anular la política de regalos u otros ofrecimientos a los funcionarios públicos; una evaluación idónea de cada cliente, usuario o proveedor, para prevenir el lavado de activos.

Las medidas de prevención que ofrecen los sistemas de cumplimiento normativo también implica identificar las normas jurídico penales que las actividades de la empresa podría lesionar, así como lo que se debe hacer para evitar la comisión de nuevos ilícitos penales; y cómo evitar que la imputación penal se expanda dentro de la estructura de la P.J.

Dada la especial complejidad de la normativa penal, especialmente la referida a los delitos económicos, queda claro que un lego no estará en capacidad de poder resolver estas cuestiones sin la ayuda de un especialista<sup>45</sup>.

## 4.6. La función de fidelidad a la norma penal

El criminal compliance no solamente se limita a implementar medidas o mecanismos de prevención de delitos al interior de las empresas, sino también una vez detectada las infracciones cometidas por los trabajadores de la persona jurídica, esta debe actuar demostrando voluntariamente su total fidelidad a la normatividad penal.

\_

<sup>&</sup>lt;sup>45</sup> Así BACIGALUPO ZAPATER: Compliance y derecho penal, ob. cit. p. 43.

Por ejemplo, implementando un sistema de denuncias, delación y reparación, al interior de la empresa, para que cualquier trabajador ponga en conocimiento la existencia de alguna conducta infractora; además de un procedimiento de investigación interno para esclarecer y eventualmente sancionar, sin perjuicio de los procesos penales a que hubiere lugar.

## **4.6.1.** Denuncias internas (Whistleblowing)

Ragues (2013) señala que:

Una de las medidas idóneas para prevenir y detectar la posible comisión de ilícitos dentro de la actividad empresarial, es la instauración de un sistema de denuncias al interior de la entidad corporativa. Si bien los destinatarios naturales de este sistema interno de denuncias son los trabajadores de la empresa, no hay problema para que se encuentre abierto a terceras personas que, por su contacto con el ente empresarial (proveedores, clientes, etc.) puedan contar con datos ciertos sobre la realización de delitos por parte de determinados miembros individuales de la empresa. (p.161).

El sistema de cumplimiento normativo debe motivar a los trabajadores de la persona jurídica a formular denuncias internas, cuando tome conocimiento de la existencia de alguna infracción al interior de la actividad empresarial. Las motivaciones no solamente pueden ser económicas, sino que además se debe asegurar la indemnidad laboral del denunciante y protección o confidencialidad de los datos personales de este.

El sistema interno de denuncias, debe en primer lugar procurar la información de todos los trabajadores acerca de su existencia y la facilidad que

tienen para formular alguna denuncia cuanto tomen conocimiento de algún hecho irregular: además las denuncias deben ser confidenciales; es decir, proteger la identidad del denunciante, para que no sufra ningún tipo de acoso o represalia por efectuar la denuncia; y, finalmente se debe asegurar una investigación absolutamente imparcial y objetiva; esta condición es fundamental para no desalentar a ningún trabajador que quiera efectuar alguna denuncia interna.

Una vez detectada la posible realización de un ilícito al interior de la P.J., el criminal compliance debe activar el mecanismo de investigación interna, de naturaleza privada, a fin de determinar la forma, modo y circunstancias cómo se puede haber infringido la norma, identificar a los responsables, las causas y consecuencias, e identificar la falla en el sistema de cumplimiento que no pudo prevenir o evitar el ilícito.

El resultado de las investigaciones, puede derivar en sanciones de carácter civil o laboral, pero no penal, pues no se trata de un proceso penal, sino de un procedimiento al interior de la empresa, las cuales deben llevarse a cabo respetando los derecho fundamentales de la persona, a fin de que luego los medios de prueba no sean viciados u objeto de nulidades por infracción de garantías de defensa o debido proceso que corresponde a toda persona que es objeto de alguna investigación de cualquier naturaleza.

A nadie se le escapa que los buzones de quejas tradicionales custodiados bajo llave por el empresario se han convertido en herramientas completamente inútiles.

Así, Gimeno (2016) señala que

La sociedad actual reclama canales seguros en los que los trabajadores puedan reportar denuncias internas sin miedo a sufrir ningún tipo de represalias. Por ello, hoy en día se utilizan sistemas de denuncias digitalizados y externalizados, incluso a servidores extranjeros, lo que supone una mayor garantía de confidencialidad, tal y como incluso reconoce la Fiscalía en la Circular 1/2016.

Es más, se están desarrollando aplicaciones para el fomento de la denuncia interna (para sistemas tanto Apple como Android) desde el propio teléfono móvil.

# 4.6.2. Órganos de persecución penal: ministerio público y poder judicial

Si los sistemas de cumplimiento normativo (criminal compliance) adoptados o implementados por las personas jurídicas, fallan y no se logra evitar la infracción o ilícito dentro de la empresa, entonces los funcionarios o directivos de la misma, están obligados no solamente a comunicar el hecho a las autoridades fiscales o judiciales, sino también a proporcionar voluntariamente toda la información o documentación, en general cualquier medio probatorio que coadyuve no solamente a esclarecer el hecho delictivo sino a identificar a los responsables de la infracción (deber de fidelidad al cumplimiento de la ley).

Esta conducta por parte de la P.J., en observancia del sistema de cumplimiento, no solo implica que la detección, averiguación, probanza y posible sanción de la infracción, se garantiza; en razón de que los órganos de persecución penal van a contar con todas las herramientas, información y medios probatorios para sancionar la comisión del ilícito; sino que además la

propia persona jurídica puede verse beneficiada con una reducción o exención de la sanción, si es que pese a haber adoptado todos los mecanismos no se pudo evitar la comisión del delito, y más bien colaboró con su detección, probanza y sanción.

Si es la misma empresa la que denuncia y ofrece los elementos probatorios del delito cometido, esta actitud de fidelidad al derecho debe incidir en la responsabilidad penal que le corresponde por el defecto de su sistema de prevención<sup>46</sup>.

La participación de la persona jurídica, en apoyo de los órganos persecutores del delito, resulta muy importante, debido a la incapacidad del Estado de luchar eficazmente contra la criminalidad empresarial, pues existen serias limitaciones para obtener el caudal probatorio, sin lo cual resulta imposible lograr sancionar a una P.J. por haber cometido algún ilícito.

En todo caso debe insistirse que no toda la prueba aportada por la persona jurídica podrá ser valorada judicialmente, pues no podrá admitirse aquella que ha sido obtenida durante la investigación interna con violación de derechos fundamentales<sup>47</sup>.

# 4.7. La responsabilidad penal de la persona jurídica

Hasta el siglo XX, estaba claramente delimitado la discusión sobre la RPPJ, así como la implementación de programas de cumplimiento (Compliance), es decir, en el

<sup>&</sup>lt;sup>46</sup> En relación con las Sentencing Guidelines for Unite State Courts, véase IMPERATO, Gabriel L.: Corporate Crime and Compliance. What does the Government Expect?, en Corporate Counsel Review, Vol xxiv, 2, Texas, noviembre 2005, p. 352.

<sup>&</sup>lt;sup>47</sup> Igualmente NIETO MARTIN, Adán (dir): La institucionalización del sistema de cumplimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 269 y ss.

Common law, era claramente aceptada y aplicada la RPPJ que en beneficio de ellas cometía delitos; a diferencia del sistema tradicional euro continental o europeo, en el cual no se admitía forma alguna de RPPJ, ni mucho menos se hablaba del Compliance, a lo sumo se aplicaban solamente consecuencias accesorias.

Sin embargo, en la actualidad, dicha distinción cada vez se ha debilitado más, al punto de que ahora en el sistema euro continental, se discute cada vez más la posibilidad de atribuir RPPJ, tal como a las personas individuales.

En nuestro país, es a raíz del Acuerdo plenario N.º 07-2009 emitido por las Salas Penales de la Corte Suprema, se señala que las consecuencias accesorias aplicables a las PJ se consideraban sanciones penales especiales, lo que en la práctica suponía admitir RPPJ; sin que se haya establecido normativamente esa posibilidad.

A lo anterior se ha sumado la aprobación de la ley N.º 30424<sup>48</sup>, que sin implicar la regulación general de las consecuencias accesorias, admite una responsabilidad "administrativa" de la persona jurídica por la comisión de los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo.

### 4.8. Sanciones penales a la empresa

Existen dos formas de imputación de RPPJ: el modelo de imputación por el *hecho de otro* y el modelo de responsabilidad por el *hecho propio*.

Según el primer modelo, a la persona jurídica se le considera penalmente responsable cuando un representante, directivo, gerente o trabajador, ha cometido un

<sup>&</sup>lt;sup>48</sup> Sobre la evolución del proceso prelegislativo y legislativo de esta ley, véase con detalle BALMACEDA QUIROS Justo: Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo Nº 1352, en Actualidad penal, n.º 33, Lima, marzo 2017, p. 16 y ss.

delito en beneficio de la empresa (alter ego theory). En tanto, en el segundo modelo de atribución, la empresa responderá penalmente por hecho propio, en la medida de que tiene defectos de organización, y siendo así, no ha impedido o más bien, ha facilitado que una persona natural, miembro de la empresa, cometa algún delito.

Cierto sector de la doctrina, considera también un modelo de atribución mixto, que combina la Heterorresponsabilidad (el delito lo comete una persona natural en beneficio de la persona jurídica), con la Autorresponsabilidad (falta de supervisión y vigilancia de la persona jurídica).

## 4.8.1. Responsabilidad por el hecho de otro

En este caso, la aplicación del Compliance no tiene mucha significación, pues a la empresa se le va a atribuir responsabilidad penal por el solo hecho o comisión del delito por parte del representante, gerente, directivo o trabajador de la empresa, es lo que la doctrina denomina "hecho de conexión", cualquier conducta delictiva de la persona natural en beneficio de la persona jurídica, va a ser imputada a esta última (vinculación a la actividad empresarial).

Donde podría tener alguna relevancia es a nivel de la individualización de la pena, como una circunstancia de atenuación<sup>49</sup>. Se sanciona a la empresa por una conducta de otro que ha servido para el enriquecimiento de la persona jurídica, pero la pena puede ser atenuada si es que ella misma reduce

<sup>&</sup>lt;sup>49</sup> HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia: RPPJ y criminal compliance: ¿Una opción político criminal?, en Gaceta penal y procesal penal, t. 77, Lima: noviembre del 2015, p. 93

voluntariamente, a través del Compliance, y a su propio costo, la probabilidad de cometer algún ilícito dentro de la corporación empresarial.

#### 4.8.2. Responsabilidad por hecho propio

Si bien, un sector de la doctrina se muestra opuesto a considerar una RPPJ por no contar con capacidad de decisión y materialidad física (acción), cada vez existe mayor consenso en atribuir esta responsabilidad a las personas jurídicas por la existencia de *defectos de organización* en su estructura; es decir, por no haber podido evitar o impedir la comisión del delito o por haberlo favorecido; y, es justamente en esta situación donde el Compliance ofrece una posibilidad concreta de exención de responsabilidad, si es que la empresa la ha implementado con medidas idóneas.

En sentido contrario, la inexistencia o inidónea formulación de programas de cumplimiento normativo (compliance) al interior de la misma, se puede considerar como una organización defectuosa, lo que hace más factible imputarle RPPJ.

Más aún si la situación de no implementación del Compliance, no puede atribuirse directamente a la actuación individual de algún integrante competente de la persona jurídica.

# Capítulo V: La R.P.P.J. y la aplicación del compliance en el Perú

En el Perú no se ha tomado aún la decisión legislativa específica que exija, de manera general, a las empresas, a incorporar un sistema de cumplimiento normativo de carácter penal. Sin embargo, esta particular situación de la regulación nacional no imposibilita que, mediante jurisprudencia, al decidir la imputación penal, se le otorgue carácter de elemento de juicio relevante al hecho de que la empresa cuente con un sistema de cumplimiento normativo idóneo.

Así, García (2017) indica que:

De hecho, la naturaleza abierta de las categorías dogmáticas hace posible que estas se nutran de aquellas pautas interpretativas que resultan sumamente útiles para reducir la incidencia delictiva en el ámbito de la empresa y, no hay duda, que el criminal compliance cuenta con esa idoneidad. (p. 82).

Nuestro Código penal peruano, debe establecer la obligatoriedad de la aplicación de sistemas de cumplimiento normativo al interior de las PJ, esto a fin de ser un instrumento dentro del ordenamiento jurídico para prevenir ilícitos penales; lo cual significa en primer orden identificar los riesgos al interior de las mismas, y a partir de ahí realizar actos que mitiguen o eliminen dichos riesgos; tal como ya se regula en la legislación española y chilena.

Así, por ejemplo, el art. 31 bis 5.1 del C.P. español señala que la forma de organizar y gestionar a una empresa deberá: "identificar las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos"; en el mismo sentido, la legislación chilena, al regular el compliance, pone énfasis en las actividades de las empresas en cuya actividad se genere o incremente algún riesgo jurídicamente relevante.

Lo que se sancionaría penalmente no es que la persona jurídica haya contribuido al ilícito por una inadecuada administración del riesgo, sino la existencia de un defecto en el sistema de detección y comunicación a los órganos de persecución penal. Sin embargo, en nuestro ordenamiento penal o procesal penal, no hay una norma específica que haga una incriminación penal en ese sentido, salvo en ámbitos específicos, donde la norma exige a ciertas personas jurídicas la comunicación de actividades o transacciones sospechosas como sucede en delitos como el lavado de activos.

Si bien la legislación peruana ha incorporado la Ley n.º 30424, que regula una especie de culpabilidad "administrativa" de las P.J. por la comisión de los delitos de corrupción, lavado de activos, y financiamiento del terrorismo; no obstante, no se sabe hasta qué punto dicha responsabilidad es "administrativa", pues, según dicha ley, quien determina dicha responsabilidad es un juez penal, no un juez administrativo ni civil, y se da dentro de un proceso penal, siendo que estas características hacen que cierto sector de la doctrina coincida de que en realidad no es una responsabilidad "administrativa" sino penal, la que se está imponiendo a las personas jurídicas, pero la ley no lo dice expresamente, lo cual genera una ambigüedad manifiesta en el tipo de responsabilidad que se les debe atribuir a las personas jurídicas y qué tipo de sanciones deben imponerse.

### 5.1. ¿Las consecuencias accesorias, son sanciones penales?

Primeramente, se debe se debe establecer cuál es la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias aplicables a las PJ, establecidas en el art. 105 del Código Penal. ¿Son sanciones administrativas o penales? Y aquí la respuesta no ofrece mayor dificultad, si se atiende al fundamento de su imposición: "las consecuencias accesorias se imponen a una persona jurídica por la peligrosidad objetiva de su organización" (García, 2007, p.670).

Siendo así, se descarta que las consecuencias accesorias, sean sanciones penales en sentido estricto, pues no tienen como sustento la culpabilidad o responsabilidad de una persona jurídica, sino de medidas o sanciones preventivas ante el peligro (peligrosidad objetiva) de que la organización de la persona jurídica pueda ser utilizada por sus directivos, gerentes ó representantes para cometer delitos; lo cual se contradice a su vez con lo señalado en el Acuerdo Plenario n.º 07-2009, en la cual se señalan que son sanciones penales especiales.

Nada impide que a una misma persona jurídica se les pueda imponer una consecuencia accesoria y al mismo tiempo una sanción penal conforme a la Ley N.º 30424, en los delitos de corrupción de funcionarios, lavado de activos y financiamiento al terrorismo, pues cada uno de este tipo de sanciones tienen distinto fundamento o naturaleza jurídica.

# 5.2. RPPJ en la normativa peruana e importancia del compliance

La teoría de imputación más adecuada de las estudiadas, es la de atribución de responsabilidad por *hecho propio*, por cuanto la teoría de atribución de responsabilidad por hecho ajeno, colisiona directamente con la categoría de acción y culpabilidad que muestro sistema exige a las personas naturales, en el entendido de que a nadie se le puede imputar un hecho ajeno, menos a una persona jurídica que no tiene voluntad ni acción.

La empresa se vincula en el ilícito que ha sido ejecutado por sus miembros (personas naturales), en razón de una defectuosa organización en la persona jurídica, reflejada en la ausencia de un compliance, o la existencia de uno que no es idóneo o eficaz, de tal forma que será responsable de la comisión de delitos, cuando estuvo en capacidad de usar un Compliance para prevenirlos y no lo hizo.

La persona jurídica, al no organizarse adecuadamente, con un Compliance idóneo, para impedir la comisión de delitos, está incumpliendo su rol jurídicamente atribuido dentro del sistema económico social del país; y, por tanto, resulta competente penalmente por la conducta que tenga cualquiera de sus integrantes que cometan delitos a favor de la persona jurídica.

La empresa es competente de la existencia de este riesgo cuando su estructura, procedimientos y prácticas favorecen la producción de ilícitos. No puede ser ajena a la afectación de bienes jurídicos. Este riesgo se fundamenta en que la empresa ha podido evitar o no favorecer la producción de hechos ilícitos, adoptando un sistema de cumplimiento normativo idóneo.

El compliance permite que "el riesgo de que, pese a todo, el miembro individual pueda cometer un delito en el marco de la organización, sea calificado en relación con la empresa, como un riesgo permitido o tolerado." (Silva, 2013, p.37).

El compliance define el ámbito de competencia de la empresa en sus interacciones con proveedores, consumidores, clientes, usuarios, funcionarios, con quienes interactúa, bajo los estándares del principio de Confianza, cuando tiene una conducta neutral conforme a su rol en la sociedad, o cuando el hecho le es atribuible a la propia víctima, por los deberes de autoprotección, en la creación de riesgos, pues la empresa no tiene ninguna obligación con una víctima si es que ha actuado en forma responsable conforme a su criminal compliance.

Conforme a la teoría de la Evitabilidad, si se determina que aun contando la empresa con un compliance idóneo, no se habría podido impedir el resultado lesivo ni la creación de un riesgo jurídicamente relevante, no se podría imputar objetivamente a la empresa el resultado dañoso.

En cuanto a la imputación subjetiva para las PJ, no resulta idóneo trasladar el dolo o culpa de la persona natural que haya cometido la infracción, pero en nuestro sistema jurídico la atribución de responsabilidad es personal, por lo que no es la mejor solución atribuirle la imputación subjetiva de una persona natural; en tal sentido, queda la opción de eliminar la imputación subjetiva para las PJ, salvo que se construya una nueva figura jurídica que se acomode mejor a la naturaleza de las empresas.

La primera opción, no resulta viable, pues en nuestro sistema jurídico la categoría Culpabilidad exige la imputación subjetiva a quien se le atribuye un hecho ilícito; en tal caso, corresponde formular o construir una nueva forma de dolo para la empresa; en la doctrina penal se habla de un nuevo concepto donde se atribuya al conocimiento de toda la información que tenga la persona jurídica (empresa u organización), el cual no es el conjunto de conocimiento de todos los miembros individuales de la empresa, sino el conocimiento incorporado a la persona jurídica por las vías regulares.

El programa de cumplimiento normativo (compliance), justamente busca un adecuado manejo de la información para evitar que sus miembros individuales cometan delitos; por lo que, si dicha gestión o administración de la información no fue la más idónea, por parte de la empresa, entonces este defecto o deficiencia se le podrá imputar subjetivamente al ente corporativo.

En cuanto al modo de intervención delictiva de la persona jurídica, la doctrina considera que su competencia es organizacional, que no exige una intervención material, directa, en la ejecución del delito, distinto a lo que sucede con la teoría del dominio del hecho (usado en personas naturales), es lo que se denomina competencia por el dominio. En esa línea de ideas, no es necesario que la persona jurídica realice

directamente el hecho, pues hay imposibilidad fáctica, sino que se trata de un riesgo por cuyo conocimiento sí es competente, aun cuando siempre tenga que participar fácticamente una persona natural.

La defectuosa organización de la empresa, puede ser de tal gravedad, que en estos casos corresponde atribuirle al ente la calidad de autor del delito.

La culpabilidad de una persona jurídica debe desarrollarse partiendo de figuras homogéneas a la culpabilidad de personas naturales, teniendo en cuenta la complejidad de la organización o empresa, su capacidad de organización, desarrollo de actividades y finalidades propias, distintos incluso a los miembros del ente corporativo, de tal manera que incluso pueda defraudar expectativas sociales esenciales, con facultades tan igual que una persona natural, por lo que es llamado ciudadano corporativo. Su condición es tal, que la actuación de la persona jurídica tiene un rol muy importante por ejemplo en las campañas electorales, debate de asuntos públicos y decisiones de gobierno.

A decir, del profesor García (2017), "la culpabilidad jurídico penal de la empresa consistirá en la falta de fidelidad al derecho que se manifiesta en una autoorganización defectuosa derivada de la falta de adopción de un sistema de cumplimiento normativo idóneo, para prevenir delitos." (p.134).

Al momento de aplicar cualquier sanción penal al ente jurídico, para efectos de atenuación de esta (al momento de la determinación de la pena), se debe tener en cuenta si la empresa, luego de cometido el ilícito, ha implementado un Compliance, si no lo tenía; o, lo mejora, si es que sí lo tenía; con la finalidad de superar sus defectos de organización que lo llevaron a dicha situación.

Estas regulaciones no han sido implementadas normativamente en nuestra legislación peruana, por lo que creemos que debe ser regulado estos aspectos a efectos de su aplicación por los operadores del derecho, y a la vez sirva de incentivo a las personas jurídicas o empresas, a implementar obligatoriamente el compliance dentro de su organización, lo que conllevaría no solamente beneficios de atenuación o exclusión de sanciones a las empresas, sino a la reducción o eliminación de hechos delictivos por parte de las PJ.

La implementación voluntaria del compliance, para ser considerado en la aplicación o determinación de la pena, no solamente se viene dando en varios países del sistema euro continental, sino también en países del Common low. En la regulación jurídico-penal norteamericana, "este comportamiento posterior de la empresa se tiene como una circunstancia de atenuación o como la pena misma para la organización empresarial." (Wellner, 2005, 505).

Las consecuencias reguladas en el artículo 105 del Código penal peruano no tienen un efecto punitivo, sino más bien preventivo, pues lo que busca es que en el futuro la persona jurídica o empresa pueda participar en la comisión de otro delito; su fundamento es la peligrosidad de la organización, por ejemplo, si dentro de la empresa existe doble facturación para reducir la base imponible y defraudar tributariamente al Estado. Aunque en otros casos, el mismo giro empresarial genere riesgos *per se*, como sucede con la contaminación en el caso de industrias, receptación de bienes, uso de insumos fiscalizados para elaborar drogas, etc.

Pero si la organización implementa el Compliance, se deja de considerar a empresa como un ente peligroso; y, por tanto, no se podrá imponer alguna consecuencia del artículo 105 del Código penal, a la PJ. El que la empresa se

encuentre organizada en compliance es un indicio de la existencia de una managment empresarial cuidadoso. (Feijoo, 2007, p.202)

#### 5.3. Títulos de imputación a miembros de la PJ.

Se tiene al Oficial de cumplimiento, quien es el encargado o responsable de llevar a cabo la implementación y aplicación del sistema de cumplimiento dentro de la organización; y, como tal, tiene la condición de garante en la prevención de ilícitos; por tanto, si el delito de produjo por su incumplimiento en adoptar los mecanismos para prevenir delitos, se le puede hacer responsable penalmente, al igual que los trabajadores a quienes se les ha encargado específicas actividades relacionadas al compliance, debido al incumplimiento o inobservancia de dichas obligaciones.

La división del trabajo al interior de las empresas, trae como consecuencia, que ningún miembro de la corporación pueda ser posible de atribuirle responsabilidad penal, generando problemas de imputación. Para salvar estos problemas de vacíos o de impunidad, en principio se atribuía la responsabilidad a los directivos o representantes de la corporación, de manera automática y genérica, por la existencia del llamado deber general de vigilancia que debían tener en todos sus trabajadores o subordinados; lo cual a la fecha ha cambiado en el sentido, de que para atribuir responsabilidad, primero se tiene que determinar que la acción u omisión, se encontraba dentro del ámbito de competencia o función.

Tal es así que la aplicación del compliance, exige que se establezca o individualice en todos los niveles de la empresa, las obligaciones específicas que tiene cada uno de los miembros, y no sólo en los directivos generales. El compliance, hace una individualización de las funciones o roles de cada miembro individual de la empresa, y con ello sus obligaciones cuyo incumplimiento genera responsabilidad,

para una adecuada imputación que evite la impunidad. Para ello se debe establecer claramente el ámbito de competencia y las funciones individuales que les corresponde a cada uno de ellos.

El Compliance, debe además señalar el modo, mandatos o directivas, protocolos de actuación de cómo se debe actuar en cada situación de riesgo, a fin de evitar responsabilidades (de esta manera se reducen considerablemente las opciones de que se aleguen errores de tipo o de prohibición).

#### 5.4. RP de los miembros individuales de la PJ.

La responsabilidad de los propietarios, llámese socios o accionistas, no tiene mucha relevancia, pues no tienen generalmente competencias de gestión o administración, lo cual recae en otras personas, las decisiones generales que adoptan lo hacen en Junta general; no obstante actualmente se les exige que al momento de adquirir una empresa o fusionarse con otra se aseguren de contar con un debido sistema de cumplimiento normativo -Compliance-, a fin de no generar o continuar con prácticas defectuosas.

La decisión de conformar un "Criminal" compliance, corresponde a los Directivos de la empresa, pues son los encargados ó responsables de la gestión de la empresa. No obstante, en el Perú no existe esa exigencia; por tanto, resulta necesario implementar normativamente una obligatoriedad de la implementación del compliance, frente a los riesgos de infracción penal, con la consecuente sanción en caso de incumplimiento injustificado, pues existe un deber general de evitar los riesgos penales.

Así, Silva (2013) señala que:

La implementación de un programa de cumplimiento normativo idóneo por parte de los directivos de la empresa constituye una forma adecuada de cumplir con el deber de controlar o evitar los riesgos producidos por la actividad de las empresas frente a terceros. (p. 103).

En el mismo sentido, Gómez (2012) indica que

A nadie se le puede castigar penalmente por aquello que razonablemente no puede evitar, por lo que la existencia del criminal compliance tendría que llevar a la negación de la competencia penal de los directivos por el hecho lesivo producido desde la empresa. (p.117)

De lo expuesto, se advierte que el compliance, es un fuerte criterio de determinación o eliminación de responsabilidad penal no solo a las empresas y a sus miembros; pues si aún con su implementación se produce un hecho lesivo, este se considera como un riesgo permitido o tolerado.

Los directivos de la empresa, por su condición de garantes, son responsables de un delito cometido por la empresa, por no haberlo impedido, adoptando un Compliance normativo. Así mismo, no es que la adopción de este sistema en forma automática conlleva a la exclusión de responsabilidad penal, sino que este debe ser idóneo a su propósito, pues si es meramente formal, inadecuado o defectuoso, no excluye responsabilidad alguna.

Para establecer la idoneidad del compliance dentro de las organizaciones se han ensayado hasta dos modelos; en primer lugar se indica que el Estado debería establecer los criterios y parámetros para la implementación y evaluación de la eficacia e idoneidad del modelo de cumplimiento; y, por otro lado; se señala que deben establecerse certificadoras externas que diseñen, evalúen y certifiquen la idoneidad del modelo de cumplimiento, dentro de cada organización empresarial, a efectos de evitar que sea la misma empresa, la que implemente un modelo defectuoso, priorizando sus intereses económicos por sobre la prevención de delitos.

En la experiencia legislativa, podría decirse que, de alguna manera, "el primer modelo ha sido seguido por la normativa italiana, mientras que el segundo se corresponde con el que ha adoptado la normativa chilena." (Hernández, 2010, p.226).

Si bien la existencia de una certificación externa de la idoneidad o eficacia del programa de Compliance dentro de las personas jurídicas, es un indicio fuerte de que se ha cumplido con el sistema de prevención de riesgos; sin embargo, nada obstaculiza de que sean los mismos órganos de persecución penal, quienes analicen crítica y razonablemente si las medidas de cumplimiento implementadas fueron en efecto las más idóneas y razonables (de acuerdo a un criterio o juicio de razonabilidad objetivo), aun cuando no se cuente con una certificación externa.

A menor probabilidad de realización del riesgo, menores serán las medidas preventivas a adoptar; en tanto, mayor sea la lesividad potencial del riesgo, mayores y más intensas deberán ser las medidas de prevención que debe implementar el Compliance; esta lógica de ponderación razonable se abandona, cuando el riesgo o la medida preventiva llega a afectar derechos fundamentales, como la vida o la salud, lo cual lleva indefectiblemente ya no a prevenir, sino a eliminar la actividad riesgosa.

Los directivos de la empresa, podrán salvar su responsabilidad, solamente si es que la implementación del Compliance, ha sido encargado de manera diligente a otras personas o a un equipo especializado, su diseño e implementación, siempre que los haya dotado de los medios, y toda la información necesaria para que realicen su labor;

en este caso, serán estas personas quienes asumirán la responsabilidad por las infracciones penales que se habrían evitado con un compliance idóneo.

Distinto sería por ejemplo, que el Oficial de cumplimiento brinde información a los directivos, acerca de defectos o imperfecciones que dificultan un compliance idóneo, y que con esta información, los directivos, no adopten ninguna medida para superar las dificultades y lograr un compliance idóneo, ante lo cual se producen infracciones penales por cualquier trabajador; en este caso, los directivos de la corporación sí podrían ser responsabilizados penalmente por ser organizativamente competentes. La imputación será doloso o culposo, dependiendo de la probabilidad de la comisión del delito, que se haya representado el directivo, de acuerdo a la información que haya tenido bajo su conocimiento.

El Oficial de cumplimiento, está diseñado para asumir la responsabilidad de velar y supervisar el correcto funcionamiento del programa de compliance, para prevenir ilícitos, dentro de la organización empresarial, sobre todo cuando se trata de una corporación compleja, en su funcionamiento, actividades y estructura; haciéndose cargo de una oficina justamente para monitorear cualquier conducta riesgosa que pueda conducir a algún delito.

Considero que, si se establece la obligatoriedad del Compliance, en el Perú, para las organizaciones complejas que tengan actividades riesgosas, nada impide que se pueda hacer responsable penalmente al Oficial de cumplimiento o a sus subordinados, por la comisión de algún ilícito desde la empresa, que no se pudo prevenir, por un deficiente ó inidóneo sistema de cumplimiento normativo, pues no habrá cumplido con su obligación, que justifica su existencia.

En efecto, "el control de la información sobre la inobservancia o los defectos del programa de cumplimiento normativo, ya no estará a disposición del directivo para impedir la realización del ilícito, sino a cargo del Oficial de cumplimiento." (Caro, 2015, p.585), quien no hizo las correcciones necesarias en el compliance, que habría impedido el ilícito. Su competencia penal se sustenta en que por ejemplo manejó inadecuadamente la información, o no informó debidamente a los miembros de la empresa sobre cómo debían actuar (debida capacitación), ó porque no informó a los directivos o gerente de las deficiencias detectadas en el programa de cumplimiento; en otras palabras, inadecuado control y supervisión. Pero siempre se debe identificar el vínculo específico entre las funciones del Oficial y el hecho concreto realizado por un miembro de la empresa y que su adecuada labor habría evitado.

De igual forma, nada impide que de acuerdo al caso concreto pueda concurrir conjuntamente la responsabilidad de los directivos, si es que se acredita que infringieron algún deber, como, por ejemplo: no brindar los mecanismos de apoyo, no proporcionar información relevante para la prevención, o no realizar ninguna acción una vez tomado conocimiento de algún riesgo específico que requería de su intervención.

Con relación a las responsabilidades de los trabajadores de la empresa que intervienen en un delito; en primer orden se debe señalar que un compliance idóneo implica delimitar lo más precisamente posible las funciones y roles (ámbitos de competencia) de cada integrante de la empresa en cada nivel de la estructura de la persona jurídica; para que de esta manera las instituciones de persecución penal (Ministerio Público), pueda atribuir ó imputar la comisión de un delito en forma clara y precisa, de acuerdo a las competencias o funciones del investigado; dicha responsabilidad puede alcanzar a quienes sin intervenir directamente en el hecho

delictivo, tienen un deber de garante (vigilancia y control), por existir una situación de subordinación laboral.

Resulta importante, que se imponga legalmente la aplicación del Compliance, a fin de que si un trabajador se le asignan funciones específicas de acuerdo a las políticas de prevención de la persona jurídica, las cuales hayan sido válidamente comunicadas; y, que, debido a su inobservancia hayan generado un delito, no exista inconveniente alguno para que el Ministerio Público, pueda atribuirle responsabilidad, si es que de haber cumplido con su obligación no se hubiera producido el ilícito. Por ejemplo, el trabajador no cumple con sus funciones de registro de operaciones, pago de tributos, realización de auditorías, etc.

Distinto sería el caso en el que el trabajador, ha seguido fielmente la observancia de las directivas e indicaciones para el debido cumplimiento normativo, conforme a las medidas del compliance de la empresa; sin embargo, dicho compliance no era idóneo para lograr su objetivo, por lo que, se llega a producir el delito, en este caso no cabe atribución de responsabilidad alguna al trabajador, pues en virtud del principio de Confianza (que elimina la imputación objetiva), él actuó conforme a los parámetros e instrucciones impartidas, escapando a su competencia que dichas medidas no hayan sido las más idóneas.

#### 5.5. Propuesta de una estructura de compliance para las personas jurídicas

Si bien la ley N.º 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa en el delito de Cohecho activo transnacional, modificado por Decreto legislativo N.º 1352, del 7 de enero del 2017, de cierta manera trata de sancionar "administrativamente" a las personas jurídicas, como una aproximación a evitar que los delitos cometidos durante el ejercicio de la actividad empresarial no queden en la impunidad; sin

embargo, esta ley, es muy limitada en su alcance, no solamente porque solamente incluye a tres delitos: Corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo; sino porque tímidamente ingresa al ámbito de las medidas de prevención de delitos, sin obligar a las personas jurídicas a asumir seriamente un sistema de cumplimiento normativo.

Lo que se pretende con esta investigación, es comprobar la eficacia de las medidas o sistemas de cumplimiento normativo (compliance), que han dado resultados eficaces en varios países del mundo, y han facilitado la tarea de los operadores de justicia, al poder precisar y atribuir responsabilidad penal no solamente a los miembros individuales del ente colectivo, sino a la empresa misma.

Para tal efecto se propone no solamente plasmar en la norma penal, la vigencia de la responsabilidad penal de las empresas, sino la eficacia del obligatorio cumplimiento de sistemas o medidas de compliance, en todas las personas jurídicas, evidentemente en proporción a la complejidad de cada empresa, así como a la magnitud o calidad del riesgo que presente cada una de ellas; y, así mismo, que se haga extensiva su aplicación no solamente para prevenir tres tipos de delitos, sino para cualquier delito que contemple nuestra normativa penal, que se pueda cometer desde y para beneficio de una persona jurídica, corporación, o empresa.

De ser así, nuestros operadores jurídicos, tendrán las herramientas válidas, para evaluar si el delito ha sido cometido por un defecto de organización, por ejemplo ante la ausencia de sistemas de cumplimiento de prevención de ilícitos, o si la empresa ha cumplido con la norma expresa de aplicar un sistema de cumplimiento, para evitar los delitos que son más propensos desde la actividad que la empresa desarrolla, y por

tanto el delito no ha podido ser evitado, pese a contar con un sistema preventivo válido, en tal caso podrá atenuarse o eximirse de RPPJ.

El tiempo ha demostrado que las consecuencias accesorias, que se aplican a las PJ, reguladas en el art. 105 del Código penal, no han sido suficientes para cumplir una efectiva labor preventiva; de igual forma no han sido fácilmente aplicables por el Poder Judicial, ni propuestas por el Ministerio Público; tal como ha sido señalado por la Corte Suprema, en varios Acuerdo plenarios; debido a su falta de implementación y aplicación práctica; y considerando que varias de ellas ya se encontrarían reguladas como sanciones penales, carece de objeto su vigencia, al no haber cumplido su objetivo durante todo este tiempo. La otra alternativa, es seguir manteniendo su vigencia, pero solamente para ser aplicadas cuando no ha sido posible acreditar o imputar RPPJ.

Se debe recordar, además, que la Ley n.º 29316, prevé la existencia e imposición de sanciones puramente administrativas a las PJ, sólo por delitos de corrupción; que consiste en imponer una multa que podrá ascender hasta el doble de los beneficios obtenidos con la actividad imputada, siempre que no se den las condiciones para un proceso y sanción penal.

Se debe establecer normativamente una distinción no por el tipo de delito, sino por calidad, intensidad o complejidad de la persona jurídica de la que se trate, es decir, que no todas las empresas tienen las misma naturaleza, actividades, características o complejidad, pues unas tienen mayor aptitud de riesgos; y, por tanto, es más peligroso y proclive para cometer delitos; en este supuesto, se debe discriminar la calidad de la imposición del tipo de sanción, de acuerdo a la complejidad de la empresa, por ejemplo, a mayor complejidad y peligrosidad de las actividades de la persona jurídica,

cabe una sanción penal, y en cambio a menor complejidad o peligrosidad se debería imponer solamente consecuencias accesorias.

## 5.6. Proceso de implementación de un compliance

El proceso para poder implementar un compliance requiere pasar por tres fases; primero, la identificación y detección de riesgos en la persona jurídica: es decir que de acuerdo a la naturaleza, características, complejidad o desarrollo de actividades de la persona jurídica, se deben identificar y detectar los riesgos que pueden conllevar a la comisión de ilícitos penales dentro de la empresa, este primer paso es fundamental, a efectos de proseguir de manera segura con los siguientes pasos, de no realizarse una buena identificación de estos riesgos a los que la entidad se encuentra expuesta, difícilmente se va a lograr implementar un modelo de prevención idóneo.

Por ejemplo, para el caso de prevenir delitos de corrupción, se deben identificar los momentos o circunstancias en que exista contacto directo ó indirecto con funcionarios públicos, o vínculos con entidades del Estado, ya sea como cliente o proveedor, ó en cualquier tipo de contratación u operación con entidades públicas. La forma de detección de los riesgos dependerá del tipo de delito a la que más se encuentra expuesta la entidad.

Es importante que también se hagan encuestas a los trabajadores de la empresa, a fin de que, en forma anónima, protegiendo su identidad, señalen en qué áreas se han detectado posibles riesgos de la comisión de algún delito; los cuales, una vez detectados, se debe analizar la frecuencia o intensidad de peligro de que el riesgo se concrete, a fin de adoptar las medidas más intensas de prevención.

El segundo requisito para la implementación de un sistema de cumplimiento, tiene que ver con la debida administración del riesgo; esto se refiere al conjunto de medidas para atenuar, disminuir, impedir, obstaculizar, y evitar que los riesgos detectados se concreten en delitos, reduciendo al mínimo su incidencia o peligrosidad, y esto se logra estableciendo por ejemplo un código de conducta al interior de la empresa, la cual si es vulnerada o infringida, debe imponerse una sanción interna al directivo o trabajador. En este código o reglamento interno, se debe precisar lo que los miembros de la entidad deben o no deben hacer, bajo apercibimiento de sanción interna, donde se señalen comportamientos concretos o parámetros de conducta, los cuales no debe sobrepasar el trabajador.

Por su puesto, es muy importante la difusión del sistema de prevención: especialmente a los miembros individuales de la persona jurídica que realizan actividades de riesgo; esto es la capacitación, preparación e inducción constante a los trabajadores de todos los niveles de la empresa a fin de que internalicen las normas de conducta interna en la empresa, su código de conducta o reglamento interno, tomen conciencia y pleno conocimiento y se sometan a ella, sabiendo que no existe tolerancia alguna a la comisión de delitos dentro de la organización. No es suficiente un modelo de prevención si este no ha sido debidamente informado e internalizado a cada uno de los miembros de la empresa.

Finalmente, es muy importante también, como tercer paso, la existencia del Oficial de cumplimiento (gestor del compliance), quien es el garante de realizar cada una de las fases o etapas anteriores, debiendo contar con un personal a su disposición y un equipo de profesionales que le permita detectar y administrar los riesgos, dependiendo de la complejidad de la empresa; lo cual le permitirá implementar un

compliance idóneo, debe tener plena autonomía, no puede depender de los directores, para que no sea un compliance cosmético o inidóneo.

## 5.7. Jurisprudencia del tribunal supremo español

Este tribunal emitió la primera sentencia N.º 514/2015, el 2 de septiembre de 2015, abarcando por primera vez la RPPJ y estipulando que cualquier pronunciamiento condenatorio de una persona jurídica deberá fundamentarse en las directrices del derecho penal:

"(...) Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal (...)".

Meses después, el 19 de febrero de 2016, el Tribunal emitió la segunda sentencia N.º 98/2016 que condenaba a otra mercantil; sin embargo, en este caso adolecía de argumentación respecto a la RPPJ. Ello, por cuanto la demanda inicial se presentó ante el Juzgado de lo Mercantil, encontrándose muy reciente todavía la primera reforma del Código Penal, LO 5/2010, que admitía por primera vez en España la RPPJ.

No obstante, días después, el 29 de febrero de 2016, se emitió la tercera sentencia del tribunal Supremo N.º 154/2016, sentencia relevante pues desde este momento se instituiría manifiestamente la obligación de aplicar medidas en la empresa

que busquen evitar, la generación de riesgos que conlleven a ilícitos, por parte de los miembros de la organización:

"(...) la responsabilidad de la recurrente es en este caso obvia, toda vez que si, como ya se dijo, el núcleo del enjuiciamiento acerca de la responsabilidad propia de la entidad, vinculada a la comisión del delito por la persona física, no es otro que el de la determinación acerca de la existencia de las medidas preventivas oportunas tendentes a la evitación de la comisión de ilícitos por parte de quienes la integran, en supuestos como éste en el que la inexistencia de cualquier clase de tales herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica, es total, la aplicación a la entidad recurrente del artículo 31 bis como autora de infracción, en relación con el artículo 368 y siguientes del Código Penal, resulta del todo acertada (...)".

Es decir, el Alto Tribunal resaltaba que el sistema de RPPJ, se sustenta, en la verificación de un delito por parte de la persona natural miembro de la empresa, debido a la ausencia de una cultura de ética corporativa.

Se tiende a delinquir por no disponer en la empresa de este componente éticosocial relacionado en concreto por un beneficio o provecho. Conforme a la sentencia N.º 154/2016, resulta irrelevante que ello corresponda a razones individuales, como podría ser un ascenso o beneficios económicos. Lo reprochable socialmente es que, por comportamientos no admisibles a título personal, se obtenga en la empresa una ventaja respecto a las demás empresas:

"(...) Por ello convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio") hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de

otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica en cuyo seno el delito de su representante, administrador o subordinado jerárquico, se comete (...)".

Sigue explicando la Cuarta Sentencia del Tribunal Supremo N.º 221/2016, de 16 de marzo de 2016, que además la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden de calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles en la empresa:

"(...) En efecto, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia a la que se refiere el motivo, el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP, pero el desafío probatorio del Fiscal no puede detenerse ahí. Lo impide nuestro sistema constitucional. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica (...)".

Sin embargo, en cualquier caso, la persona jurídica deberá sustentar su defensa en la acreditación de la existencia de tales controles, reveladores de una cultura de cumplimiento ético eficaz y veraz entre directivos y empleados.

Por otro lado, y extendiendo la descripción analítica de esta Jurisprudencia, la Quinta Sentencia N.º 516/2016, de 13 de junio de 2016, abarca además la posible responsabilidad penal acumulativa de la persona física con la persona jurídica, pudiéndose dar ambas responsabilidades simultáneamente:

"(...) La previsión de una responsabilidad penal de la persona jurídica no es excluyente respecto de la persona física, por el contrario, para el código es acumulativa, pudiendo darse ambas responsabilidades conjuntamente. (...)".

Por último, por si fuera poco, se matiza la defensa y la representación de la persona jurídica, que se analiza tanto en la tercera, en la cuarta, en la sexta Sentencia N. ° 744/2016, de 6 de octubre de 2016, como en la Séptima sentencia N. ° 31/2017, de 26 de enero de 2017.

Claro ejemplo es la dificultad del administrador único de la empresa, investigado como persona natural, y la PJ investigada, representada por este mismo administrador único.

En todos los fundamentos jurídicos de las sentencias se concluye que existen intereses contradictorios en designar a la persona física acusada para que actúe también como representante de la PJ.

Conceptos que se detallan de manera clara en la última Sentencia de 2017:

"(...) Esta Sala ya ha señalado (STS nº. 154/2016, de 29 de febrero, citada por la recurrente) las precauciones que han de adoptarse cuando se trata de designar al representante de la persona jurídica en las causas en las que aparezca como investigada, imputada o acusada de delito, con la finalidad de garantizar un adecuado ejercicio del derecho de defensa evitando los conflictos de intereses con las personas físicas a las que se imputan hechos delictivos en las mismas causas (...)".

Hasta la fecha y con la reflexión que anotan las sentencias del Supremo, podemos afirmar que el correcto cumplimiento del programa normativo no solo

representa un factor preventivo de responsabilidades penales para la empresa, sino que se entiende como un *business Benefit*, pues conforme nuestro punto de vista:

Reduce y evita las consecuencias negativas de la responsabilidad de la empresa en los procesos penales en los que se vería envuelta. Fomenta en la compañía el conocimiento de sus derechos y obligaciones para prevenir cualquier conducta ilegal; y, lo más relevante, el mayor conocimiento de estos factores de riesgo brinda en la empresa mayores ventajas competitivas frente a otras empresas (orientativas, reputacionales, de buen gobierno corporativo, de transparencia para la contratación con la Administración Pública o con países extranjeros, etc.)<sup>50</sup>.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de RPPJ y compliance, se presenta cada vez más sólido y contundente en casos concretos. Así, ha dejado de ser un tema relegado y se convierte en una verdadera herramienta de prevención de ilícitos penales cometidos a través de las empresas, orientado a ser cada vez más eficaz o idóneo para lograr dicho cometido; y, si bien se encuentra aún en la etapa inicial en el Perú, se espera que pronto nuestras cortes de justicia emitan jurisprudencia sobre estos temas cada vez más importantes.

Trasladar el compliance del Common law al civil law ha generado variados cuestionamientos, sobre todo a nivel dogmático, lo cual ha dificultado su practicidad. Asimismo, es indiscutible que cada vez somos más conscientes que hay intereses o valores supraindividuales (el medio ambiente, el sistema financiero, la salud, etc.) que deberíamos salvaguardar y preservar, y que las conductas que los infringen o ponen en peligro provienen del "super poder económico ilimitado" [1], a decir de las empresas,

Ubicado en: <a href="http://www.jbonetabogados.com/siete-sentencias-del-tribunal-supremo-la-necesidad-del-compliance-penal/">http://www.jbonetabogados.com/siete-sentencias-del-tribunal-supremo-la-necesidad-del-compliance-penal/</a>, del 01-04-2020.

de sus políticas corporativas, de su cultura empresarial o de su compleja estructura organizativa, y la única forma (hasta ahora desarrollado por la doctrina mayoritaria) para contrarrestar esta situación es adentrándose en el aspecto organizativo de la empresa, mediante el compliance (autorregulación regulada)<sup>51</sup>. (Claros, 2019)

Político-criminalmente no ha sido suficiente la sanción a las personas físicas que actúan dentro de ella. Los que respaldan la RPPJ afirman que es "necesario que los entes colectivos sean destinatarios de normas penales, dado que la estigmatización social y capacidad simbólica son atributos propios del Derecho Penal. Sin embargo, los que se oponen a esta postura sostienen que no se trata de si se "puede" o no establecer tal responsabilidad, "ya que depende de la voluntad del legislador", sino si "debe" hacerlo, y de acuerdo a nuestro sistema jurídico "tal cosa es imposible"" (Molina, 2016, p.365). O en todo caso, dicha responsabilidad no debería tener la denominación de penal.

El gran y principal escollo en esta problemática es la estructura de la teoría del delito, ya que se desfigura cuando se trata de imputar delitos a entes colectivos. Puesto que, Heine (2006) "se entremezclan las funciones operativas, posesión de la información y poder de decisión" (p.27)<sup>52</sup>. Antes todos estos procesos se podían ubicar en la una sola persona física, pero ahora recaen en la estructura y componentes "complejos" de la organización.

Ubicado en <a href="https://laley.pe/art/8662/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-el-cumplimiento-penal-criminal-compliance">https://laley.pe/art/8662/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-el-cumplimiento-penal-criminal-compliance</a>, del 06 de abril del 2020.

<sup>&</sup>lt;sup>52</sup> También véase esta descripción de la situación de la teoría del delito en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. Fundamentos del Derecho Penal de la empresa. Edisofer, Madrid, 2013.

#### 5.8. Sentencias del tribunal supremo alemán

En efecto, la cámara de lo penal 1 de este Tribunal, en la sentencia de 9 de mayo de 2017 en el asunto 1 StR 265/16 ha apostado por considerar un programa de Compliance incluso su implementación con posterioridad a la infracción como un hecho mitigante en un caso de evasión fiscal y sobornos en la industria armamentística. En el cálculo de la sanción resulta de importancia la manera en la que otros participantes hayan incorporado un sistema de Compliance eficaz que busque disminuir los incumplimientos en la empresa.

También resulta importante si las empresas tras la implantación realizan mejoras y adaptaciones para impedir incumplimientos parecidos posteriormente.

Aunque la sentencia no describa los elementos esenciales de un programa de Compliance sí cita de forma expresa la doctrina que los determina y resalta que el criterio esencial será la eficacia del diseño del programa de cumplimiento. El Tribunal considera que una buena fachada no protege frente a la sanción y resalta la importancia de la adaptación ante nuevas circunstancias para evitar incumplimientos<sup>53</sup>.

https://www.3ccompliance.com/es/articulos/compliance/primer-reconocimiento-jurisprudencial-encompliance-en-alemania/, del 09-04-2020.

# Capítulo VI: Análisis y discusión de resultados

# 6.1. Presentación y análisis de la información

El análisis de la presente investigación comprende la recolección de datos de la ficha documental (encuestas) aplicadas al conocimiento que del tema tienen los magistrados (fiscales) del distrito fiscal de Lambayeque.

Así mismo, la información recolectada mediante encuestas a los magistrados (fiscales), nos permitirá conocer si dentro de su trabajo o actividad resulta importante la atribución de RPPJ; y, además si tienen conocimiento de los modelos de cumplimiento normativo (compliance) que se aplican a las P.J., con la finalidad de prevenir la comisión de ilícitos penales.

# 6.2. Resultados y discusión

El Estado, mediante el Compliance, deja en claro a las empresas que se organicen adecuadamente y, para lograr ese objetivo, resulta necesario que la legislación proporcione los requisitos genéricos y básicos que debe tener un programa de cumplimiento (estando como componentes fundamentales la prevención, detección y reacción), que son: identificación de riesgos, protocolos de gestión de recursos financieros, canales de denuncias, etc., pues la implementación de un sistema de cumplimiento es una muestra de fidelidad al Derecho.

Para efectos de atribución de RPPJ, el defecto de organización sería parte del injusto penal y la falta de cultura de cumplimiento, sustenta la culpabilidad.

Las legislaciones del sistema civil law, que vienen aplicando la responsabilidad penal a las personas jurídicas, son España, Francia, Suiza, Italia, Argentina, Chile, etc.,

pero a través de distintos modelos de atribución de responsabilidad, por ejemplo en Francia se aplica un modelo vicarial; Italia, ha impuesto un modelo de tipo administrativo, pero se considera de carácter penal; España, ha copiado el modelo de responsabilidad de Italia, e incluso con sus errores; en el caso del Perú, con la promulgación de la Ley N.º 30424 y demás instrumentos legales, se ha dado inicio a la introducción de la RPPJ, pero lo denomina "administrativo", el mismo que aún es incipiente.

De acuerdo al análisis efectuado y la información recolectada, sí se puede atribuir RPPJ por los delitos cometidos dentro de su organización; siempre que se desarrolle un modelo de atribución de responsabilidad por hecho propio, es decir, que la responsabilidad no es por lo que hagan sus miembros individuales, aun cuando sí es necesario la actuación de estos; sino que se exige la existencia de defectos de organización dentro de la empresa que ha impedido evitar o controlar los riesgos que han originado ilícitos penales.

Se verifica que la aplicación de los programas de cumplimiento normativo, al interior de las personas jurídicas, es un mecanismo o instrumento muy importante para el control de los riesgos que se presentan en la actividad de las empresas; y, por tanto, para la prevención de ilícitos penales, por lo que urge que las empresas adopten estos modelos de cumplimiento, lo cual trae como beneficio la atenuación ó eximente de sanción penal.

A la PJ se le debe imputar objetivamente la responsabilidad penal por el incremento o creación de un riesgo jurídicamente relevante. La empresa es competente de la existencia de este riesgo cuando su estructura, procedimientos y prácticas favorecen la producción de ilícitos. Este riesgo se fundamenta en que la

empresa ha podido evitar o no favorecer la comisión de hechos ilícitos, por parte de sus miembros, adoptando un sistema de cumplimiento normativo idóneo (compliance).

La decisión de conformar un Criminal compliance, corresponde a los Directivos de la empresa, pues son los encargados o responsables de la gestión y dirección de la persona jurídica. No obstante, en el Perú no existe esa exigencia, por tanto, resulta necesario establecer normativamente una obligatoriedad de la implementación del compliance, frente a los riesgos de infracción penal, con la consecuente sanción en caso de incumplimiento injustificado, pues existe un deber general de evitar los riesgos penales.

De lo expuesto, se advierte que el modelo o sistema de Cumplimiento normativo-compliance, es un fuerte criterio de determinación o atribución de RPPJ, pues su implementación determinará si se aplica, o se exime la sanción.

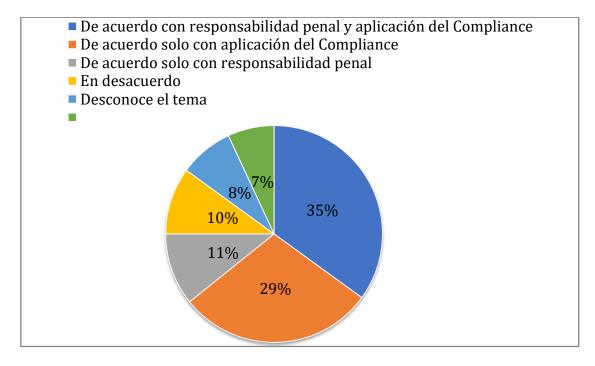


Gráfico: Porcentajes de encuestas aplicadas a magistrados (Fiscales penales) sobre la RPPJ y aplicación de los programas de cumplimiento (Compliance) como mecanismos de prevención de ilícitos.

La R.P.P.J. solo puede aparecer como consecuencia de una culpabilidad propia, consumada por la falta de planes de prevención, control, actuación inmediata, mitigación, y sanción interna de actividades riesgosas que conlleven a la infracción penal; lo que en otras palabras significa defectos de organización de la empresa, que conlleven a un reproche penal.

El derecho penal actual, no permite una responsabilidad por hecho de otro, es decir, por la conducta de otra persona, pues trasgrede el principio de Culpabilidad, así como el Ne bis in ídem. Se impone así la responsabilidad o culpabilidad por hecho propio de la P.J., ante lo cual es necesario implementar planes de prevención y actuación inmediata ante la existencia de riesgos en la actividad de la empresa que conlleven a la comisión de ilícitos penales, caso contrario se le imputará a la P.J. responsabilidad penal por el hecho acontecido.

Esta responsabilidad penal que se pretende atribuir a una persona jurídica, en base a una "culpabilidad especial" más allá de sus integrantes, puede ser prevenida o atenuada, si es que sus representantes adoptan medidas idóneas de Compliance; para ello debe seguirse un procedimiento que parte primeramente identificando los riesgos potenciales o futuros que presenta la empresa; sin embargo, bajo toda circunstancia el programa es indispensable<sup>54</sup>.

 $^{54}\ https://www.fruhbeck.com/es/plan-de-compliance/$ 

-

#### **Conclusiones**

La teoría de imputación más adecuada de las estudiadas, es la de atribución de responsabilidad por *hecho propio*, por cuanto la teoría de atribución de responsabilidad por hecho ajeno, colisiona directamente con la categoría de acción y culpabilidad que muestro sistema exige a las personas naturales, en el entendido de que a nadie se le puede imputar responsabilidad por un hecho ajeno, menos a una persona jurídica que no tiene voluntad ni acción.

La persona jurídica interviene o se hace responsable en el delito que ha sido ejecutado por sus integrantes (personas naturales), en razón de una organización defectuosa en la persona jurídica, traducido en la falta de un compliance (modelo de cumplimiento normativo), ó la existencia de uno inidóneo o ineficaz, de tal manera que será responsable de la comisión de delitos.

Si se determina que aun contando la empresa con un compliance idóneo, no se habría podido evitar el hecho delictivo ni la creación de un riesgo jurídicamente relevante, no se podría imputar objetivamente a la empresa el resultado dañoso; pues nos encontraríamos ante un riesgo socialmente permitido.

El programa de cumplimiento normativo (compliance), justamente busca un adecuado manejo de la información para evitar que sus miembros individuales cometan delitos; por lo que, si dicha gestión o administración de la información no fue la más idónea, por parte de la persona jurídica, para prevenir delitos, entonces este defecto o deficiencia se le podrá imputar al ente corporativo.

En cuanto al modo de intervención delictiva de la persona jurídica, la doctrina considera que su competencia es organizacional, pues no exige una intervención fáctica en

la ejecución del delito (a diferencia de lo que sucede con la teoría del dominio del hecho); en este sentido, no se puede exigir un actuar material o físico de la P.J., pues en evidente que no es posible (imposibilidad física), sino que se trata de una culpabilidad especial por su *competencia organizacional*, aun cuando siempre tenga que participar en el hecho una persona natural.

Los directivos de la empresa, por su condición de garantes, son responsables de un delito cometido por la persona jurídica, por no haberlo impedido, adoptando un sistema de cumplimiento normativo. Así mismo, no es que la adopción de este sistema en forma automática conlleve a la exclusión de responsabilidad penal, sino que este debe ser idóneo a su propósito, pues si es meramente formal, cosmético, inadecuado o defectuoso, no excluye responsabilidad alguna.

A menor probabilidad de realización del riesgo, menores serán las medidas preventivas a adoptar; en tanto, mayor sea la potencialidad de algún riesgo, mayores deben ser las medidas a adoptar que debe implementar el Compliance.

Los directivos de la empresa, podrán salvar su responsabilidad, solamente si es que la implementación y diseño del Compliance, ha sido encargado de manera diligente a otras personas o a un equipo especializado (Oficial de cumplimiento), siempre que los haya dotado de los medios, y toda la información necesaria para que realicen su labor; en este caso, serán estas personas y no los directivos, quienes asumirán la responsabilidad por las infracciones penales que se habrían evitado con un compliance idóneo.

Si se establece la obligatoriedad del Compliance, en el Perú, para las personas jurídicas o empresas, que tengan actividades riesgosas, nada impide que se pueda hacer responsable penalmente al Oficial de cumplimiento o a sus subordinados, por la comisión de algún ilícito desde la empresa, que no se pudo prevenir, por un deficiente ó inidóneo

sistema de cumplimiento normativo, pues no habrá cumplido con su obligación, que justifica su existencia.

Además, en todo proceso penal contra las personas jurídicas, se debe asegurar el debido respeto a las garantías mínimas del derecho de defensa, debido proceso y demás principios constitucionales, tan igual como si fuera una persona natural -imputado-, lo cual asegura que tanto el proceso como la eventual sanción a imponer cuenten con legitimidad, y no sean objeto de nulidades posteriores.

De igual forma, para someter a una persona jurídica a un proceso penal y a una eventual sanción penal, es necesario, cumplir todos los requisitos fácticos y jurídicos para imputarle responsabilidad, en forma autónoma ó independientemente a la de los miembros individuales que hayan infringido la norma penal; es decir, se debe acreditar cuáles son los defectos de organización que han dado lugar al delito, pese a contar con la información necesaria, y no haber dotado a la empresa de un sistema preventivo-compliance.

No es lo mismo, para la PJ, la existencia de un proceso penal en su contra, que un procedimiento administrativo, pues el impacto en la esencia misma y prestigio de la empresa es mucho mayor, y de una mejor eficacia preventiva; de igual forma sucede con el perjuicio que supone la imposición de una sanción penal frente una sanción administrativa; existe un mayor rigor y estigmatización de la condena en la vía penal, que toda empresa quiere evitar.

#### Recomendaciones

La culpabilidad de una persona jurídica debe desarrollarse doctrinariamente partiendo de figuras homogéneas a la culpabilidad de personas naturales, teniendo en cuenta la complejidad de la organización o empresa, su estructura, fines, capacidades, naturaleza; distintos a los miembros naturales del ente corporativo, de tal manera que pueda defraudar expectativas sociales esenciales, con facultades tan igual que una persona natural.

Se debe regular doctrinaria y normativamente en nuestro país, la RPPJ a efectos de la aplicación por los abogados y magistrados; y, a la vez sirva de incentivo a las personas jurídicas o empresas, a implementar obligatoriamente el *compliance* dentro de su organización, lo que conllevaría no solamente beneficios de atenuación o exclusión de sanciones penales a las empresas, sino a la reducción o eliminación de hechos delictivos por parte de las personas jurídicas.

Se debe establecer normativamente una distinción no por el tipo de delito, sino por calidad, intensidad ó complejidad de la persona jurídica de la que se trate; es decir, que no todas las empresas tienen la misma naturaleza, actividades, características o complejidad, pues unas tienen mayor intensidad de riesgos; y, por tanto más peligroso y proclive para cometer delitos; en este supuesto, se debe discriminar la calidad de la imposición del tipo de sanción, de acuerdo a la complejidad de la empresa; por ejemplo, a mayor complejidad y peligrosidad de las actividades de la persona jurídica, cabe una sanción penal, y en cambio a menor complejidad o peligrosidad se debería imponer solamente consecuencias accesorias.

Si bien la existencia de una certificación externa de la idoneidad o eficacia del programa de cumplimiento normativo dentro de la empresa, es un indicio fuerte de que se ha cumplido con el sistema de prevención de riesgos; sin embargo, nada obstaculiza de que sean los mismos órganos de persecución penal, quienes analicen crítica y razonablemente si las medidas de cumplimiento implementadas fueron en efecto las más idóneas y razonables (de acuerdo a un criterio o juicio de razonabilidad objetivo), aun cuando no se cuente con una certificación externa.

Por lo que se propone el siguiente Proyecto de ley:

#### PROYECTO DE LEY

LEY QUE INCORPORA LOS ARTICULOS 106, 106-A Y 106-B, AL CÓDIGO PENAL, CON RESPECTO A LA RPPJ Y OBLIGATORIEDAD DE LOS MODELOS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO - CRIMINAL COMPLIANCE.

Objeto de la propuesta legislativa: La propuesta normativa que se postula está dirigida a incorporar artículos del Código Penal que regulen la RPPJ, y establecer la obligatoriedad de los Compliance (cumplimiento normativo) en la organización de las empresas, a efectos de controlar los riesgos existentes en las actividades de la organización, y de esta manera evitar eventos delictivos por parte de las PJ.

Exposición de motivos: En el Perú, nuestro Código penal actual, no acepta la imputación de RPPJ (las sociedades no pueden delinquir); no obstante, el legislador ha previsto medidas sancionadoras especiales, a las que se denominan Consecuencias accesorias, las cuales sí se encuentran previstas en nuestra legislación penal, y, están dirigidas justamente a las personas jurídicas (empresas) a través de las cuales se puedan cometer delitos.

Pero estas sanciones denominadas Consecuencias accesorias, tienen una naturaleza preventiva, no penal, así lo ha señalado y establecido la doctrina en nuestro país.

Para una parte de la doctrina considera que las Consecuencias accesorias, no resulta suficiente medida preventiva cuando la persona jurídica ha utilizado su capacidad organizativa para la comisión de delitos, más aún si es que no se ha podido individualizar a la persona natural responsable dentro de la organización, se hace imposible aplicar una consecuencia accesoria. Por eso, importantes juristas nacionales han visto la imperiosa necesidad de imputar RPPJ.

Nuestro país, ha llegado a lo mucho a atribuir responsabilidad "administrativa" a las PJ por ciertos ilícitos, conforme es de verse con la dación de la Ley n.º 30424, a pesar que son sanciones impuestas por un juez penal, dentro de un proceso penal; no obstante, si lo que realmente buscamos es la responsabilidad penal y no solo administrativa, nuestro sistema jurídico debe lograr dicha atribución, no solamente sustentado en la conducta individual de sus miembros, sino en la propia "conducta" de la persona jurídica, debiendo identificarse un "plus" o alguna maniobra especial, propia de la organización defectuosa, para lograr el ilícito, en beneficio de la empresa; y, de esta manera se le pueda imputar penalmente el hecho.

La organización defectuosa de la empresa, a la que se hace mención y que sustentaría una RPPJ se basa fundamentalmente en la falta de un adecuado, idóneo, eficaz ó inexistente sistema de cumplimiento normativo (compliance).

Por cuanto implementar un idóneo modelo de cumplimiento normativo, exime a la PJ de cualquier tipo de responsabilidad por el hecho cometido por cualquier integrante de la corporación. Esto en virtud de que la empresa se ha mantenido dentro del riesgo

permitido, aun cuando pese a todo, se haya cometido un delito por un miembro individual de la P.J., quien en todo caso asumirá sólo, individualmente, toda la responsabilidad.

Por ello, es necesario, que, a nivel normativo, nuestro Código Penal, de forma imperativa, obligue a las P.J. a adoptar un compliance idóneo.

#### Texto del proyecto de ley

## Artículo 1: Incorpórese los artículos 106, 106-A y 106-B al Código Penal:

"Artículo 106 del Código Penal: Las empresas, organizaciones y demás PJ serán responsables penalmente de los delitos cometidos en su nombre, y en su beneficio, como consecuencia de la actuación de sus representantes legales o sus miembros integrantes debidamente autorizados para la toma de decisiones de la PJ; siempre que se acrediten omisión de deberes de supervisión, control y vigilancia; así como defectos de organización en la misma, como es la ausencia de un modelo de cumplimiento normativo.

#### Artículo 106-A: La PJ será exonerada de responsabilidad si:

La persona jurídica ha adoptado o implementado, antes del ilícito, sistemas de cumplimiento normativo, modelos de organización, gestión, vigilancia, y monitoreo idóneas para evitar eventos delictivos o para reducir de forma significativa los riesgos que conllevan a su comisión.

El modelo de cumplimiento normativo señalado debe haber sido encargado a personal idoneo, con plena autonomía dentro de la organización. Si sólo se acredita parcialmente, se atenuará la pena.

Artículo 106-B: Para que sea una eximente de pena, los modelos o sistemas de cumplimiento normativo, deberán implementarse en forma obligatoria en todas las

personas jurídicas, en las cuales se pueda producir algún hecho ilícito; bajo los siguientes criterios:

- Detectar conductas riesgosas en la empresa, de acuerdo a la naturaleza y complejidad de las actividades que realiza.
- 2. Individualizar las funciones de cada uno de los integrantes de la PJ, a efectos de una eventual atribución de responsabilidad individual.
- 3. Se administrarán los riesgos detectados, señalando los protocolos o procedimientos que mitiguen o controlen eficazmente dichos riesgos.
- 4. Comunicar la existencia de posibles riesgos existentes al Oficial de cumplimiento u órgano encargado del compliance.
- 5. Capacitación e inducción constante a todos los integrantes de la PJ de los protocolos ó procedimientos para la prevención de riesgos.
- 6. Asegurar la existencia de mecanismos rápidos y seguros de denuncias al interior de la persona jurídica, así como la protección de los datos del denunciante.
- 7. La verificación constante del compliance, para asegurar su vigencia y eficacia.
- 8. Una vez detectado algún hecho ilícito, la persona jurídica deberá proporcionar y facilitar toda la información solicitada por los operadores de justicia, identificando a los posibles responsables.

## Artículo 2°.- Deróguese los artículos que se opongan a la presente ley.

## Costo beneficio

El este proyecto trae como beneficio, la prevención de ilícitos penales por parte de las personas jurídicas, a través de la implementación de sistemas de cumplimiento normativo, control de riesgos y prevención de delitos al interior de las empresas; cuyo costo es asumido íntegramente por las propias personas jurídicas; es decir que no supone gasto alguno para el Estado.

## Referencias Bibliográficas

- ✓ ABANTO VASQUEZ, Manuel A.: Dogmática Penal, delitos económicos y delitos contra la Administración Pública, editorial Grijley, Lima 2014.
- ✓ ABANTO VASQUEZ, Manuel A.: Hacia un nuevo derecho penal de las empresas, en Gaceta Penal y Procesal penal, t. 8, Lima, febrero 2010.
- ✓ AGUSTINA, José R.: Fenomenología del employee crime: Bases para definir estrategias de prevención del delito intraempresarial, en Política criminal, Vol. 5, Nº 10, Santiago de Chile, diciembre del 2010.
- ✓ ARTAZA VARELA, Osvaldo: Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad jurídico penal. Madrid, Edisofer, 2014.
- ✓ ASTUDILLO MEZA, Guillermo Alejandro: Hacia la implementación de los programas de cumplimiento (Compliance) en el Perú, en Hurtado Pozo, José (dir.), Anuario de Derecho Penal 2013-2014 (temas de derecho penal económico: empresa y compliance), Fondo editorial PUCP, Lima, 2016.
- ✓ BACIGALUPO ZAPATER, Compliance y derecho penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2012.
- ✓ BACIGALUPO, SILVINA "La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un problema del sujeto del derecho penal". Revista Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal Año V nº9-A, 2002.
- ✓ BAJO FERNANDEZ: "Hacia un nuevo derecho penal: el de las personas jurídicas"
  Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Aurelio Menéndez Madrid. 1996,

- ✓ BAJO FERNANDEZ: "La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo actual", en Cuadernos de Derecho Judicial: la responsabilidad penal de las sociedades, actuación en nombre de otro, responsabilidad de los consejos de administración, responsabilidad de los subordinados, N 07, Madrid, 1994.
- ✓ BAJO FERNANDEZ, Miguel: Gobierno Corporativo y Derecho Penal, Madrid: Universitaria Ramón Areces, 2008.
- ✓ BALMACEDA QUIROS Justo: Las personas jurídicas y su responsabilidad

  administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos

  visto desde el Decreto legislativo N.º 1352, en Actualidad penal, n.º 33, Lima,

  marzo 2017.
- ✓ BOCK, Dennis: *Criminal Compliance*, Baden-Baden: Nomos, Madrid, 2011.
- ✓ CARO CORIA, Dino Carlos: Compliance y corrupción, en Foro FICP, n.º 2015-2, Madrid, Fundación Internacional de Ciencias Penales, 2015.
- ✓ CANCIO MELIÁ, Manuel: Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid 2001
- ✓ CLAROS, Alexander. Responsabilidad penal de personas jurídicas y el cumplimiento penal (penal compliance) 2019. Obtenido de

  https://laley.pe/art/8662/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-el cumplimiento-penal-criminal-compliance
- ✓ CLAVIJO, Jave, *Criminal Compliance en el derecho penal peruano*, en Actualidad jurídica Uría Menéndez, N° 28, Madrid, 2011.

- ✓ COCA VILA, Ivo: ¿Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada? en Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Atelier, 2013, p. 44.
- ✓ ESTEVE PARDO, José: Autorregulación: génesis y efectos, Navarra, Aranzadi, 2002.
- ✓ FEIJOO SANCHEZ, Bernardo José: Derecho penal de la empresa e imputación objetiva, Madrid, Reus. 2007
- ✓ FEIJOO SANCHEZ, J: Teoría de sistemas y sistema jurídico: La Normativización del derecho penal (hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación)., Lima, Ara. 2007
- ✓ FEIJOO SANCHEZ, Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente,

  Madrid, 2002
- ✓ GALGANO, Francesco: Atlas de Derecho Privado Comparado, Fundación Cultural del Notariado, Italia, 1999.
- ✓ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos, criterios penales*y procesales penales. Análisis de la nueva ley N° 27765, 2° edición Grijley,

  Lima, 2009.
- ✓ GARCIA CAVERO, "La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación", Barcelona 1999,
- ✓ GARCIA CAVERO, Percy (2006). Las medidas aplicables a las personas jurídicas en el proceso penal. Revista de Derecho. Vol. 7, 93-127
- ✓ GARCIA CAVERO, Percy: Derecho Penal Económico, parte general, Tomo I, 2º

- edición, Grijley, Lima, 2007.
- ✓ GARCIA CAVERO, Percy: Criminal Compliance, en especial Compliance Anticorrupción y Antilavado de activos, editorial Instituto Pacífico, Lima 2017.
- ✓ GARCIA CAVERO, Percy: *La Persona jurídica en el derecho penal*, editorial Grijley, Lima, 2008.
- ✓ GARCIA CAVERO, Percy: El sistema funcional de imputación en la determinación de la responsabilidad penal del administrador de la empresa. En revista peruana de doctrina y jurisprudencia penales, n.º 1, 2000.
- ✓ GARCIA RIVERA, Esther Paola (Coord), III Convención de derecho público, Lima, Palestra, 2016.
- ✓ GIMENO BEVIA, Jordi: "Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas". Aranzadi, El uso de las TICS en los programas de cumplimiento penal (Compliance), 2016.
- ✓ GOMEZ-JARA DIEZ, *La Culpabilidad penal de la empresa*. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid, 2005, pp. 2005, pp. 201 y ss.
- ✓ GOMEZ-JARA DIEZ, Carlos: Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Civitas Aranzadi, Madrid, 2012.
- ✓ GRACIA MARTIN, Luis: "La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas", 1997
- ✓ HERNANDEZ BASUALTO, Héctor: La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile, en Política criminal, Vol. 5, n.º 9, Santiago de

- Chile, 2010.
- ✓ HEINE, Günther. "Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa".
  En: Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial, propuestas globales
  contemporáneas. Gómez-Jara, Carlos (Ed.), Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.
- ✓ HIRSCH, Hans "La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas". Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo 46, 1993.
- ✓ HURTADO HUAILLA, Ana Cecilia: Responsabilidad penal de la persona jurídica y criminal compliance: ¿Una opción político criminal?, en Gaceta penal y procesal penal, t. 77, Lima: noviembre del 2015.
- ✓ HURTADO POZO, José: Compendio de Derecho Penal Económico, parte general, Fondo editorial Universidad Católica, Lima, 2015.
- ✓ HURTADO POZO, José: Temas de derecho penal económico: empresa y compliance, Fondo editorial PUCP, Universidad de Friburgo, Lima 2016.
- ✓ IMPERATO, Gabriel L.: Corporate Crime and Compliance. What does the Government Expect?, Corporate Counsel Review, Vol xxiv, 2, Texas, November 2005.
- ✓ JAKOBS, G: Derecho penal, parte general, prólogo a la primera edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales. Madrid. 1983.
- ✓ JAKOBS, Gunther: La normativización del derecho penal en el ejemplo de participación, en Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2001.
- ✓ JAKOBS, Gunther: Acción y omisión en Derecho penal. Editorial Universidad del

- Externado de Colombia. Colombia. 2000.
- ✓ KUHLEN, Lothar: Cuestiones fundamentales del Compliance y derecho penal, en Montiel Juan Pablo, Lothar Kuhlen e Iñigo Ortíz de Urbina Gimeno (eds.), Compliance y teoría del derecho penal, Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ✓ LESCH, Heiko: Intervención delictiva e imputación objetiva, Centro de investigaciones del derecho penal y Filosofia del derecho de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1995.
- ✓ MEINI MENDEZ, Iván Fabio: La responsabilidad penal de las personas jurídicas, Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima 1999.
- ✓ MIR PUIG, Santiago: Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal, Madrid, Edisofer, 2014.
- ✓ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. "Societas peccare non potest... nec delinquere".
  En: Estudios de Derecho Penal, Homenaje al profesor Miguel Bajo. Centro de
  Estudios Ramón Areces, Madrid, 2016.
- ✓ MONTIEL, Juan Pablo: *Breve introducción al criminal compliance*, en Actualidad penal Nº 24, Lima, 2016.
- ✓ MORENO, Moisés: Ciencia Penal y la Política Criminal en el umbral del siglo XXI.
  Coloquio Internacional. Ed. Instituto Nacional De Ciencias Penales Inacipe.
  2001.
- ✓ NIETO MARTIN, Adán, "Responsabilidad social, gobierno corporativo y autorregulación: sus influencias en el derecho penal de la empresa", en Política Criminal Nº 05, España, 2008.

- ✓ NIETO MARTIN, Adán: Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de las personas jurídicas, Manual de Cumplimiento penal en la empresa, Tirana lo Blanch, 2015.
- ✓ NIETO MARTIN, Adán (dir): La institucionalización del sistema de cumplimiento, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ✓ NIETO MARTIN, Adán: "El cumplimiento normativo", en Nieto Martín, Adán [Dir.], Manual de cumplimiento penal en la empresa, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- ✓ PARISI, Angelo: Theories of corporate criminal liability. En Hochstedler (editor), Corporations as Criminals. Perspectives in Criminal Justice, Nueva York, 1984.
- ✓ PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Manual de derecho penal, parte general, vol. I, 4° edic. Lima, Idemsa, 2011.
- ✓ PRADEL, Jean: Droit penal general. 16 edición, París: Cujas, 2006.
- ✓ RAGUES I VALLES, Ramon: Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa, Revista Eletrónica de Direito Penal e Politica Criminal- UFRGS, 2013
- ✓ REYES TELLO, Roxanna: ¿Responsabilidad o Irresponsabilidad penal de las personas jurídicas?, editorial IDEMSA, Lima 2010.
- ✓ REYNA ALFARO, Luis Miguel: Implementación de los Compliance Programs y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados, en Ambos Kai, Dino Carlos Caro Coria, y Ezequiel Malarino

- (Coords.), Lavado de activos y Compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado, Jurista editores, Lima, 2015.
- ✓ ROXIN C.: Dogmática penal y política criminal. Traducción de Manuel Abanto Vásquez. Lima, Idemsa, 1998
- ✓ SILVA SANCHEZ, Jesús María, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en derecho español*, editorial Atelier, Barcelona, España, 2013.
- ✓ SILVA SANCHEZ Jesús Maria (dir), Criminalidad de empresa y Compliance.

  Prevención y reacciones corporativas, Barcelona: Atelier, 2013.
- ✓ SILVA SANCHEZ, Jesús María: Deberes de vigilancia y compliance empresarial,

  Marcial Pons, Madrid, 2013.
- ✓ SILVA SANCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código Penal español" en García Cavero (Coor.) y otros. La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes, Lima, 2002.
- ✓ THEILE Hans, "Unternehmensrichtlinien", *Criminal Compliance*, en Zis número 09, Madrid, 2008.
- ✓ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe: Derecho penal, parte general, editorial Grijley,
  Lima 2017.
- ✓ WELLNER, Philip A.: Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions, en Cardozo Law review, vol 27, New York, 2005.
- ✓ ZUGALDIA ESPINAR: Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de

revisar la fórmula tradicional del principio societas delinquere nos potest. CPC, 1980, núm. 11

✓ ZUGALDÍA Espinar, José Miguel. "La admisión de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas: Un pilar básico del moderno Derecho penal económico". Nuevas Tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa. ARA Editores Lima 2005,

#### LINKOGRAFÍA

http://www.jbonetabogados.com/siete-sentencias-del-tribunal-supremo-la-necesidad-del-compliance-penal/, del 01-04-2020.

https://laley.pe/art/8662/responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-y-el-cumplimiento-penal-criminal-compliance.

https://www.3ccompliance.com/es/articulos/compliance/primer-reconocimiento-jurisprudencial-en-compliance-en-alemania/.

https://www.fruhbeck.com/es/plan-de-compliance/

#### **LEGISLACIÓN**

Constitución Política de 1993.

Código Penal peruano de 1991.

Código Procesal Penal peruano del 2004.

Ley de Enjuiciamiento Criminal española.

Código penal español



## **ANEXO 01**

## CONSTANCIA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD DE TESIS

Yo, RAFAEL HERNANDEZ CANELO Docente¹/Asesor de tesis²/Revisor del trabajo de
investigación³, del (los) estudiante(s), José Alberto Guerrero Saavedra
October Officered Through
Titulada:
"LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA Y LA
APLICACIÓN DEL COMPLIANCE EN LA LEGISLACIÓN PERUANA"
luego de la revisión exhaustiva del documento constato que la misma tiene un índice de similitud
de <u>/v</u> % verificable en el reporte de similitud del programa Turnitin.
El suscrito analizó dicho reporte y concluyó que cada una de las coincidencias detectadas no
constituyen plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso
de citas y referencias establecidas por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo.
Lambayeque, de del 20_22
TOTAL STR
Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO
ASESOR
Se adjunta:
Resumen del Reporte (Con porcentaje y parámetros de configuración)
Recibo digital.

## LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA Y LA APLICACION DEL COMPLIANCE EN LA LEGISLACION **PERUANA**

INFORME DE ORIGINALIDAD

INDICE DE SIMILITUD

**FUENTES DE INTERNET** 

**PUBLICACIONES** 

TRABAJOS DEL **ESTUDIANTE** 

ENCONTRAR COINCIDENCIAS CON TODAS LAS FUENTES (SOLO SE IMPRIMIRÁ LA FUENTE SELECCIONADA)

3%

★ hdl.handle.net

Fuente de Internet

Excluir citas

Activo

Excluir coincidencias < 15 words

Excluir bibliografía

Activo

Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO **ASESOR** 



# Recibo digital

Este recibo confirma quesu trabajo ha sido recibido por Turnitin. A continuación podrá ver la información del recibo con respecto a su entrega.

La primera página de tus entregas se muestra abajo.

Autor de la entrega: José Alberto Guerrero Saavedra

Título del ejercicio: Tesis Posgrado

Título de la entrega: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA Y ...

Nombre del archivo: AS\_Y\_LA\_APLICACION\_DEL\_COMPLIANCE\_EN\_LA\_LEGISLACION...

Tamaño del archivo: 158.24K

Total páginas: 131

Word count: 28,036

Total de caracteres: 152,502

Fecha de entrega: 19-ene.-2022 08:12a. m. (UTC-0500)

Identificador de la entre... 1744107372



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO
ESCUELA DE POSTGRADO
DOCTORADO EN DERECHO

"LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURIDICA Y LA APLICACION DEL COMPLIANCE EN LA LEGISLACION PERUANA"

Tesis presentada por: Mg. José Alberto Guerrero Saavedra

Lambayeque Perú, 2020

Dr. RAFAEL HERNANDEZ CANELO ASESOR

Derechos de autor 2022 Turnitin. Todos los derechos reservados.