

MÁSTER IBEROAMERICANO EN POLÍTICAS
ANTICORRUPCIÓN



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

**COMPLIANCE Y PERSONAS
JURIDICAS EN LA JURISPRUDENCIA
Y LEGISLACION**

AUTORA:

NELLY GLADYS PINTO ALCARRAZ

2021

COMPLIANCE Y PERSONAS JURÍDICAS EN LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

Nelly Gladys Pinto Alcarraz

II.- Resumen

El compliance (regulado en el Perú bajo el nombre de modelo de prevención de delitos), en el presente trabajo hemos hecho un recuento del origen y evolución de la responsabilidad administrativa y penal de la persona jurídica en el Perú. El *compliance* llegó al Perú en abril del 2016 empaquetado en la Ley No 30424 por un solo delito y de poco o nulo uso, el Cohecho activo transnacional, luego ésta se complementó con la incorporación de los delitos de Cohecho activo genérico, Cohecho específico, Colusión, Tráfico de influencias, Lavado de activos, Minería ilegal, Crimen organizado, Terrorismo. Asimismo, y mediante Decreto Supremo 002-2019-JUS del mes de enero del 2019, se aprobó el Reglamento de la ley, quedando con ello también regulada dicha responsabilidad administrativa. Finalmente, en setiembre del año 2019, la Superintendencia de Mercado de Valores (SMV), como responsable normativamente de analizar la implementación y funcionamiento de los programas de cumplimiento, emitió los “Lineamientos para la implementación de los modelos de Prevención”.

Con ello, creo, tendríamos definida una primera estructura sistematizada para el tan ansiado uso de los modelos de cumplimiento normativo en el Perú. Como se desarrollará con la incorporación de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, en el Perú se canceló el antiguo axioma “*societas delinquere non potests*”. Esto ocurrió no impulsado por un debate de política criminal, sino del interés del Estado peruano de formar parte, como asociado, del Organismo para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), el cual tiene entre sus condiciones sancionar con responsabilidad “penal” a las Personas Jurídicas, esto, básicamente impulsado por Estados Unidos, uno de los principales promotores de los sistemas de *compliance*. Como se apreciará la Ley N° 30424, Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, no obliga a las empresas a implementar un modelo de prevención; establece una nueva responsabilidad jurídica vinculada a determinados delitos, luego y mediante un sistema premial, los incentiva a tenerlo ofreciéndoles como beneficio la exención de responsabilidad.

Lo cierto es que hasta hoy la comunidad jurídica sigue discutiendo sobre el sustento dogmático de la responsabilidad penal de la persona jurídica, algunos aseguran que se trata de una verdadera responsabilidad autónoma, es decir de una responsabilidad por hecho propio, otros rechazan esta postura y aseguran que en realidad es una responsabilidad vicarial heterorresponsabilidad, pues necesitan indefectiblemente del comportamiento de una persona individual.

Luego, también se discute si se dan los elementos de un real injusto penal por parte de la persona jurídica, otros van más por la culpabilidad y posibilidad de un verdadero reproche, por supuesto que la denominación de pena a sus sanciones tampoco ha pasado inadvertida. De cualquier forma, todo esto quedará sólo para el regocijo jurídico, pues lo que hoy sí ha quedado casi sin discusión, es la necesidad de incorporar esta responsabilidad al sistema penal y que el sustento legal para ello sea el defecto de organización de la empresa. De esto se tratará en el presente trabajo.

III.- Palabras claves

Compliance, Cohecho activo transnacional, Cohecho activo genérico, Cohecho específico, Colusión, Tráfico de influencias, Lavado de activos, Minería ilegal, Crimen organizado, Terrorismo, sociedades delincuentes no potestas, Responsabilidad Administrativa y penal de las Personas Jurídicas. Delitos de infracción de deber. Posición de garantes.

IV INDICE DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	2
CAPITULO I:.....	7
LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL PERUANO	7
1.1.- LA LEGISLACIÓN DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN EL PERÚ	7
1.2.- LA EXIGENCIA POLÍTICO CRIMINAL DE UNA RESPONSABILIDAD DE LAPERSONA JURÍDICA EN EL PERÚ.....	8
1.3.- LA LEY 30424 Y EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONA JURÍDICAS.....	10
1.4.- LA IMPORTANCIA DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS SANCIONATORIAS A LA PERSONA JURÍDICA	11
CAPITULO II:	16
EL SOCIETAS DELINQUEREN NON POTEST EN EL CODIGO PENAL PERUANO, Y SU REPERCUSIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO.....	16
2.1. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS FUNDAMENTO DEL SOCIETAS DELINQUEREN NON POTEST EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	16
2.2.- LA AUSENCIA DE REFERENCIA DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN LA IMPOSICIÓN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO	19
2.3- ORIENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL INTERNACIONAL	27
CAPITULO III:	50
LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL CRIMINAL COMPLIANCE	50
3.1.- QUE ES EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO AL INTERIOR DE LA PERSONAJURÍDICA.	50
3.2.- LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL COMPLIANCE.	52
3.3.- EL CRIMINAL COMPLIANCE Y EL CANAL DE DENUNCIAS AL INTERIOR DE LA PERSONA JURIDICA.	57
CAPITULO IV:	60
PROBLEMAS DE INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA.....	60
4.1.CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA PERSONA JURÍDICA.....	60
4.2. PROBLEMAS PROCESALES PARA SANCIONAR A LA PERSONA JURÍDICA.....	65
CONCLUSIONES.....	75
BIBLIOGRAFÍA CITADA	79

INTRODUCCIÓN

El derecho reconoce la existencia de las personas jurídicas en mérito de la necesidad humana de que se cumplan importantes finalidades sociales, económicas, comerciales, que individualmente no podrían ser alcanzadas. Es de exigencia imprescindible para ello la unidad de acción y dirección de esfuerzos comunes, para la consecución y de ahí la necesidad de considerar como una personalidad jurídica el conjunto de individuos vinculados por determinados fines de carácter colectivo.

Así la persona jurídica posee una personalidad, como calidad intrínseca de ser jurídico, es decir es un *subjectum juris*, dado que esta personalidad determina un dato esencial de carácter jurídico, por ello las personas jurídicas necesitan del derecho para realizar su vida, porque su reconocimiento en la sociedad se establece no solo por los actos jurídicos que se formulan a su interior sino por su actividad económica en sociedad, que le brinde una identidad social, como ente autónomo de tratamiento jurídico penal, Domingo García Rada, refiere: “ (...) *La persona individual ha sido reemplazada por la asociación de personas unidas alrededor de un vínculo y con interés económico de por medio*”¹. En consecuencia, la persona jurídica como *subjectum juris* representa un concepto jurídico a base de un hecho real, el ordenamiento jurídico reconoce tal carácter y ello importa considerar que la persona jurídica tiene aptitud para ejercer sus facultades y para estar sometido a los deberes que el derecho determina.

De tal manera los mecanismos modernos de relaciones intersubjetivas, incorporadas en la cohesión de los idearios o finalidades que efectúan las personas naturales, en los entes incorpóreos que organizan, muchas veces superan las viejas estructuras de la ley, donde sus ámbitos disciplinarios descansan no solo en los preceptos de la norma sino en las reglas del libre mercado. Con ello nos encontramos en una evolución distante a la del ser humano en sociedad, digamos que el tratamiento de las empresas, y el surgimiento de la complejidad de sus relaciones se abordan en función de sus reglas internas, cuya función es la de provocar la explotación de capital invertido y la búsqueda de una productividad cada vez más eficiente².

¹ GARCIA RADA, Domingo. Sociedad Anónima y Delito. Ed. Studium.1982. Pág. 49.

² El filósofo del derecho, Fernando de Trazegnies explica que: “(...), que la concepción weberiana, la modernidad está asociada al surgimiento del sistema de capitalismo industrial. Para Weber, el mercado aparece “el arquetipo de toda acción social racional, la conducta del mercado- dice Weber- está orientada por la intención racional y finalista de realizar los propios intereses”. En: Postmodernidad y Derecho. Ed. Ara Editores. Pág. 25.

Esta interiorización que forja una idiosincrasia en el ambiente empresarial se correlaciona con el funcionamiento de la realidad política, y sin duda el programa político económico que gravita en la sociedad se relaciona con las empresas, con esto queda sentado que las empresas, no son solo espacios de construcción dineraria, sino también social, cultural y política.

Ahora su percepción es distinta a la de entes corpóreos caminantes, pero se asemeja su destino en cuanto se encuentra ultimado por la comisión de un ilícito penal en un mundo cada vez más jurídico, donde los factores de control social han calado en aspectos transversales siendo la sanción y la pena determinados como escenarios de secuestro personal³, pero que en el caso de las personas jurídicas demanda un tratamiento estrictamente pecuniario, y aflictivo en la continuidad de su objeto y actividad.

Por ello resulta necesario un tratamiento jurídico penal a la persona jurídica, distinto al de la persona natural que fue ideada en el siglo XIX, edificado en el antropocentrismo tradicionalista, y no penetra en la empresa como un dispositivo de prevención o peor aún de coacción psicológica, resultando idóneo establecer otras formas de control de la actividad de la persona jurídica, sin que se medie el desconocimiento de la libertad y autonomía al interior o exterior de sus relaciones, por ello a fin de evitar el intervencionismo punitivo estatal arbitrario, se efectúan exigencias normativas de autorregulación, reconocidas como programas de cumplimiento normativo criminal.

Así la autorregulación de la propia persona jurídica bajo la disciplina de gestión, que no se ejerce con un rasgo ético de la dicotomía entre el bien y el mal que aborda la esfera subjetiva del ser humano, sino que se disputan entorno a una adecuada gestión de las actividades que ejerce.

De esta manera la multiplicidad de problemas que aborda la empresa se inscriben esencialmente en las esferas de dirección y gerencia, donde los sectores subordinados como trabajadores, que ante el fenómeno complejo que lo componen tienen una insignificancia, por lo que ante la complejidad y diversificación del agente a su interior se obliga a la empresa atender un objetivo internalizado en una cultura corporativa como la verdadera conducta idónea de la empresa.

Puesto que no se puede negar que el factor exógeno que se dirime la realidad de la persona jurídica, es decir el libre mercado obliga a la misma adaptarse a sus propias reglas, basadas en un hipotético

³ Palabra utilizada por el filósofo Michael Foucault, cuando explica que “(...), la prisión se impuso simplemente porque era la forma concentrada, ejemplar simbólico, de todas estas instituciones de secuestro creadas en el siglo xix”. En: La verdad y las formas jurídicas. Ed. Gedisa. 2013. Pág. 144.

razonamiento que ejercerá ante este escenario el órgano de dirección, el cual radicaría en un ejercicio de costo-beneficio donde una organización disciplinada resultaría ser un costo carente de beneficio, toda vez si el mercado exige y fija una competitividad que obliga a la empresa relegar reglas de coordinación u orden interno, y priorizar en las cúspides direccionales, elementos que extiendan en conductas criminógenas se adoptarías estas a fin de cumplir con un provecho económico mayor y poder competir, por ello la exigencia de las formas de autorregulación, aterrizan en el poder coercitivo penal, sea en el derecho penal o administrativo sancionador, para exigir un concepto de rol de actuación de la persona jurídica como ciudadano corporativo.

Con este panorama, las empresas no son espacios amurallados, concebidos solo como instrumentos, sino que están planteadas bajo un sistema que ha insistido a lo largo de décadas otorgarles una vida propia, reflejada esta premisa en la identidad corporativa. El profesor Carlos Gómez-Jara, explica sobre el término que: “ (...), **cuando la identidad corporativa se vincula hipercíclicamente con la decisión corporativa, por un lado y las normas del propio sistema son las que determinan quienes miembro de la organización, (...)**”⁴, que despersonaliza a la persona natural e identifica social y económicamente a la empresa como un sujeto más, lo que inexorablemente posibilita otorgarle un tratamiento criminológico particular.

Esta afirmación cabe como un auge de internalización donde los programas de cumplimiento normativo resultan ser un enclave jurídico penal en las empresas, pues su transformación ininterrumpida en sus actividades arraiga de por sí un riesgo que muchas veces supera el permitido, lo cual obliga a reconocer la verticalidad de las normas prohibitivas sobre sus libertades entonces los programas de cumplimiento, posibilitan analizar la conducta de la persona jurídica en su conjunto, restando la atención de las personas naturales que las componen.

Lo cual se configura como la cultura corporativa de la persona jurídica, que consolida la posición idiosincrática que posee como ente propio y estructurado, así la homogenización se logra mediante la identificación de la empresa como con un comportamiento propio, que posibilita considerarla como una empresa criminal, para el profesor alemán Ernest Joachim Lampe, lo antes descrito podría comprenderse como: “ (...) filosofía empresarial entiendo la totalidad de las representaciones

⁴. GOMEZ JARA DIEZ, Carlos. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Ed. Ara Editores. 2012.P. 186.

fundamentales de objetivos y valores de la dirección empresarial, tanto respecto de la empresa misma como su posición en el entorno ecológico, económico y social”.⁵

Las divergencias entre el objeto de la empresa y las actividades que se practican para alcanzar resultados en primera ratio se pueden entender como figuras ínfimas, sin embargo, se instauran como una filosofía empresarial basada en la comisión de delito a nombre de la persona jurídica o a su favor, que puede elaborarse, desde una perspectiva intencional o simplemente porque se asume como una conducta estandarizada por el mercado como convencional.

Así la deficiencia de normas al interior de la empresa, donde los reglamentos se encuentran sumidos en preceptos de prácticas empresariales sumamente neoliberales, surgen en ella una paradoja, donde la formalidad de una empresa ante el exterior de la sociedad, en su gen interno encuentra la informalidad donde el poder de dirección posibilita conductas desviadas o no pueden organizar o ejercer un control de sus grupos supeditados, para cometer delitos, y ello identifica la deficiencia de un criminal compliance idóneo que se torna solo cosmético o de fachada.

Caso contrario sería una regulación interna sujeta a las exigencias de una adecuada gestión de riesgos, donde las funciones administrativas, económicas y del personal que labora al interior de la empresa, estén sujetos a una regulación interna idónea donde se prevengan, identifiquen, detecten y mitiguen riesgos que aseguren la vigencia de las operaciones empresariales⁶.

Por ello el compliance es trasladado en ámbitos administrativos y penales, y ello por una lógica sencilla, si la postura radica, en que la empresa y el libre mercado merecen la mayor autonomía y la posibilidad del estado de intervenir solo bajo una exigencia abstracta el de la norma que exija regularse ellas mismas a fin de que la creación de riesgos jurídicamente prohibidos, no vulneren bienes jurídicos de terceros o peor aún colectivos, y de esta manera no se genere una imposición estatal.

⁵ LAMPE, Ernest. Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Ed. Ara Editores. Pág. 94.

⁶ El profesor Percy García Caveró, ha explicado que: *“Desde los años noventa del siglo pasado se ha ido consolidando como modelo intermedio de aseguramiento de los riesgos empresariales la llamada autorregulación regulada. Este modelo apunta a generar las condiciones para que las corporaciones adopten, por medio de una coordinación con los poderes públicos y otros agentes sociales”*. En: Criminal Compliance. En especial compliance anticorrupción y antilavado de activos. Ed. Instituto pacífico. Pág. 21.

Así la empresa conforme a su naturaleza intrínseca habitada en intereses económicos muy grandes, debe aplicarse a sí misma una regulación estatutaria, que creen a su interior una base cognitiva en sus miembros, donde el particularismo de cada uno de ellos, eclosione en diseñar un colectivo que permita actuar conforme a las normas jurídicas y evitar comportamientos proclives delictualmente, así los aspectos esenciales de maximización de intereses económicos se desarrollen y descansen en una influencia decisiva en la formación que aumente la racionalidad de la organización empresarial, en una cultura empresarial de cumplimiento de las normas del sistema jurídico, esto es un criminal compliance idóneo.

Es baladí aceptar la magnitud de la empresa como un ente autónomo, ajeno al de la persona natural, se encuentra motivada de manera propia, puesto que su organización y vida en sociedad se desenvuelven internamente como un aspecto subjetivo de su construcción, lo que transforman sustancialmente la exteriorización de un comportamiento no como un hecho desarrollado solo por las esferas de dominio de la empresa, sino como una conducta implícitamente propia que se efectuó por la racionalidad motivada por su organización empresarial eficiente⁷.

Los espacios arriba argumentados, pretenden aproximar nuestra interpretación del fenómeno del Criminal Compliance, a fin de evitar el desencadenamiento de conductas riesgosas, a través de consistentes medidas de control interno, que edifique una cultura de cumplimiento, que permitiese ordenar, controlar, disminuir o inocuizar conductas desviadas al interior de la persona jurídica.

Por ello resulta viable hablar de una responsabilidad penal o administrativa de la persona, toda vez que se estimula en la esfera cognitiva de los agentes que sanciones o represiones surtirían de una conducta que no respetase las reglas de autoorganización, así se inculca que en la senda del progreso económico y la complejidad de la empresa que resulta pertinente establecer una filtro al interior de este organismo social, a fin de que obedezcan a las pretensiones de resultados pero dentro de marcos estrictamente legales.

⁷ El profesor Carlos Gómez-Jara Diez, explica entorno a la propia personalidad de la empresa, como autoreferencialidad, la cual se ejerce: “(...), una acumulación de círculos autorreferenciales en el ámbito empresarial hasta llegar al encadenamiento hipercíclico de los mismos, momento en el cual emerge verdaderamente el actor corporativo como sistema autopoietico de orden superior”. En Modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Propuestas globales contemporáneas. Ed. Ara Editores. Pág. 185.

Así con un autocontrol se llegan a conseguir fines racionales, de mutuas prestaciones de medios dependientes es decir el de la búsqueda de resultado económicos, aplicables a la satisfacción de cumplimiento de las exigencias, donde la identidad corporativa consideraría consensos ante la toma de decisiones y estipularía valores compartidos impregnando en la mentalidad y la entidad, donde se exaltaría una represión ante el incumplimiento.

Esto significaría posteriormente un sujeto de desconfianza y de inspección, entonces cada persona trataría de evitar opiniones, represiones o sanciones adversas y adoptar una costumbre que es el criminal compliance, conforme a las formas de autoorganización de la empresa.

Con ello se empezó a estructurar en el Perú una fórmula de regulación de aquellas empresas que superan riesgos permitidos, puesto que el Código Penal peruano fue ajeno a esta cultura de cumplimiento, ante los defectos de organización y solo estableció una forma de represión a la persona jurídica, bajo las nociones de peligro y no en términos culturales que permitan instaurar una corrección y consolidación de la persona jurídica en términos de comunicación, por ello este traslado cualitativo a los programas de cumplimiento, faculta determinar la responsabilidad de la persona jurídica entorno a una exigencia de fidelidad a la norma jurídica penal adecuadas a las de un ciudadano corporativo.

CAPITULO I:

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO PENAL PERUANO

1.1.- LA LEGISLACIÓN DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN EL PERÚ

El Compliance significa el cumplimiento de reglas éticas y jurídicas. Las normas de Cumplimiento Corporativo que se han generado a la emisión del Decreto Legislativo N° 1352. Este decreto afecta a todas las grandes empresas con respecto al cumplimiento de las normas de prevención de delitos como política empresarial. Y estas reglas se interiorizan en la cultura empresarial, como su forma de actuar en el mercado y la sociedad, por ello el profesor **SILVA**, explica que: *“(..). Dicha cultura, en efecto, no es sino la expresión de la delegación a las empresas de las funciones de prevención de ilícitos (vigilancia en sentido amplio), propias del Estado. Las empresas, por su parte, han ido asumiendo dicha delegación mediante la adopción de medidas de autorregulación que, de modo genérico en buena medida, auto vigilancia”*⁸.

⁸ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. En: Compliance y teoría del Derecho Penal. Ed. Marcial Pons. 2013. P.101.

Entonces esta fórmula también llamada cumplimiento corporativo no es un término nuevo, puesto que los mecanismos de internos de supervisión de son de larga data, sin embargo, la atención entorno a la vigilancia y observancia de la ley por parte de las empresas, tiene un hito importante en el 2014, debido a la multimillonaria multa de más de 16.65 billones de dólares que recibió el Bank of América, por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos (DOJ).

En el Perú, a raíz del caso Odebrecht, y las normas legales emitidas para la prevención de actos de corrupción. Para contextualizar lo que se define como Compliance, podemos compartir que esta se considera como la función individual que, mediante políticas y procedimientos apropiados, se detecta y gestiona el riesgo del incumplimiento de obligaciones regulatorias. Estas pueden ser internas y externas dentro de una determinada empresa.

Por ello se ha explicado la transición entorno a las fórmulas de prevención y control económico al interior de la persona, hacia una fórmula de control normativo penal, así, *“(…), la idea tradicional de riesgo del negocio de la empresa haya variado y de entender solamente como riesgo económico (posibilidades de competencia exitosa en el mercado) y se incorpore en esa idea del riesgo de responsabilidades normativas. Precisamente, la forma de evitar que los riesgos de responsabilidad normativa adquieran realidad es mediante el cumplimiento de la ley”⁹*

1.2.- LA EXIGENCIA POLÍTICO CRIMINAL DE UNA RESPONSABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL PERÚ

El Poder Ejecutivo en mérito de delegación de facultades, el 6 de enero de 2017 publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N°1352; mediante el cual, se aprobó un conjunto de disposiciones orientadas a perfeccionar el marco normativo de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas; mediante la instauración del criterio de autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica respecto a la responsabilidad penal de las personas naturales; y la reafirmación de la implementación de modelos de prevención de delitos como eximente de responsabilidad.

⁹ REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los Compliance programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En: Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Ed. Ideas Soluciones S.A.C. 2018. P.216.

Esta implementación adoptada por el legislador peruano no fue pacífica no solo porque primariamente se efectuó su regulación en un catálogo de tipos penales materia de responsabilidad sino por la naturaleza, que, bajo los filtros políticos, lograron finalmente su consonancia, ese escenario ha sido descrito, ***“(…). La propuesta, sin embargo, generó nerviosismo en el sector privado y encontró una férrea oposición en la CONFIEP, gremio empresarial que agrupa a las grandes compañías en el Perú, (…). El argumento del sector privado consiste en que, de establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú, dado los niveles de corrupción que existe en el país, las empresas van a hacer víctimas de prácticas extorsivas y sanciones injustas”***¹⁰.

En consecuencia, la posición política legislativa que se evoca entorno a la naturaleza administrativa de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, ha sido tildada de fraude de etiquetas, obliga a asumir una postura administrativista sancionadora, en cuanto a su tratamiento jurídico en el Perú.

Por eso desde una óptica extranjera el profesor **GOMEZ-JARA**, explica que: ***“(…), se puede observar que el legislador peruano ha sido la de establecer un sistema de responsabilidad administrativa de la persona jurídica, vinculado inicialmente al delito de cohecho (corrupción), transnacional, que posterior se ha ampliado a otros tipos delictivos. Es decir, no se establece un sistema general de responsabilidad de la persona jurídica por la comisión de ilícitos penales, sino que se introduce un catálogo muy restringido de delitos, (…)”***¹¹

Las disposiciones normativas bajo comentario tienen por objeto ampliar el conjunto de delitos por los cuales se puede atribuir a las personas jurídicas responsabilidad administrativa. En consecuencia, no solo la comisión del delito de cohecho transnacional puede permitir la imposición de una medida administrativa contra las personas jurídicas, sino también la comisión de delitos de corrupción como el cohecho activo –genérico y específico-, lavado de activo y colaboración con el terrorismo; entre otros.

¹⁰ UGAZ SANCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. Delitos económicos contra la administración pública y criminalidad organizada. Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección lo esencial del derecho 18. 2017. P. 112.

¹¹ GOMEZ JARA DIEZ, Carlos. Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Ed. Instituto Pacifico. 2017. P. 23

1.3.- LA LEY 30424 Y EL RECONOCIMIENTO DE LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONA JURÍDICAS.

Asimismo, busca implementar un nuevo criterio de atribución y extinción de responsabilidad administrativa de las personas jurídicas: la responsabilidad autónoma de la responsabilidad penal de las personas naturales; y, reafirma como eximente de responsabilidad la implementación de modelos de prevención de delitos, conforme a los instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, que han sido suscritos por el Perú.

El Decreto Legislativo N° 1352 modificó diversos artículos de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, en virtud de la modificación se amplía el conjunto de delitos respecto de los cuales se atribuye responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

En ese sentido, además del delito de cohecho activo transnacional, se establece que la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas tendrá lugar también ante la comisión de delitos de corrupción, como el cohecho activo –genérico y específico-, lavado de activos y colaboración con el terrorismo, entre otros. Asimismo, el artículo 2° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, que regula el ámbito subjetivo de aplicación, ha sido modificado por el Decreto Legislativo N° 1352. Adicionalmente, se señala que, con respecto a la fusión o escisión, la persona jurídica absorbente solo podrá ser sancionada con el pago de una multa siempre que la reorganización societaria se haya realizado luego de la comisión del delito, excepto en el caso de que se haya utilizado esta modalidad con el propósito de eludir la responsabilidad administrativa.

Finalmente, se instaure como eximente de responsabilidad administrativa la implementación de un proceso de debida diligencia, destinado a evitar la comisión de delitos, siempre que el delito sea realizado antes de la reorganización societaria. En atención a ello, podemos advertir que en virtud de esta modificación se incorpora un nuevo elemento a la definición de las personas jurídicas: las organizaciones no gubernamentales, también, el Decreto Legislativo N° 1352 ha modificado el artículo 3°, que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

En base a lo señalado en el párrafo precedente, podemos advertir que se instaura como criterio para atribuir la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por la comisión de los delitos señalados en el artículo 1º, que, estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto.

Adicionalmente a ello, se amplía el conjunto de quienes pueden ser consideradas personas naturales para efectos de esta norma, en ese sentido, se incorpora a los socios, directores, administradores y al apoderado de la persona jurídica como nuevos elementos dentro de la definición, señalándose que las personas jurídicas que tengan calidad de matrices también pueden ser objeto de responsabilidad administrativa por los delitos cometidos por personas naturales de sus filiales o subsidiarias.

Otro artículo modificado por el referido Decreto Legislativo es el artículo 4º de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional. Mediante esta modificación, se reafirma la autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica; y, se establece una nueva regulación para la extensión de la acción contra la misma. En virtud de esta modificación se elimina la posibilidad de que la acción contra la persona jurídica se extinga por amnistía o derecho de gracia; por lo tanto, se mantienen como causales solo la prescripción y la cosa juzgada.

1.4.- LA IMPORTANCIA DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS SANCIONATORIAS A LA PERSONA JURÍDICA.

Además de lo señalado, se modifican las medidas administrativas aplicables y complementarias reguladas en el artículo 5º y 6º de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Respecto al artículo 5º y 6º, la modificación solo introduce en el primer párrafo, la existencia de un previo requerimiento Fiscal, para que el juez imponga una medida administrativa o la disposición de intervención contra una persona jurídica que resulte responsable de la comisión de los delitos previstos en el artículo 1.

En consecuencia, las medidas administrativas siguen siendo las mismas: multa, inhabilitación (suspensión; prohibición de (i) llevar a cabo en el futuro la misma clase o naturaleza de actividades que hayan coadyuvado a la comisión del delito, o (ii) contratar con el Estado de carácter definitivo); cancelación de licencias, concesiones, derechos u otras autorizaciones administrativas o municipales; clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo; y disolución.

Finalmente, se modifican también las circunstancias atenuantes y agravantes previstas en el artículo 12° y 13° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Así, en el caso del artículo 12° de la referida norma, se suprime lo señalado con respecto a la confesión, por lo tanto, ya no se exige que esta haya sido realizada a través de los administradores -de hecho, o de derecho -, representantes legales, contractuales, y órganos colegiados; sino que tan solo, se requiere que la misma cumpla con ser: (i) debidamente corroborada; y (ii) realizada antes de la formalización de la investigación preparatoria.

Con relación al artículo 13° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, que regula las circunstancias agravantes.

Aunado a ello, se restringe la oportunidad para invocar como atenuante la colaboración objetiva, sustancial, y decisiva, para el esclarecimiento del hecho delictivo; de modo que, esta solo puede alegarse hasta el inicio de la etapa intermedia y no en cualquier momento del proceso.

En mérito a la modificación señalada, podemos advertir que se incluye como modalidad agravada aquel supuesto en el cual, la persona jurídica contenga dentro de su estructura un órgano, unidad, equipo o cualquier otra instancia cuya finalidad o actividad es ilícita.

Aunado a ello, se modificó el artículo 17° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, que regula la eximente de responsabilidad administrativa cuando se implemente un modelo de prevención.

Finalmente, se modificó la Quinta Disposición Complementaria de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, referente al Registro de personas jurídicas sancionadas; en ese sentido, se agrega al párrafo original que, el Poder Judicial puede suscribir convenios con otras instituciones para compartir la información que consta en el registro; de este modo, ya no será solo el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) la única autoridad.

Como se puede observar, la modificatoria ha implicado la reducción de las medidas preventivas (de control y vigilancia para evitar la comisión de delitos), circunscribiéndolas solo a elementos cinco requisitos, entendidos como elementos mínimos que debe contener cualquier procedimiento de prevención, con cargo a que, se desarrollen y precisen cada uno de estos elementos mediante el Reglamento.

El Decreto Legislativo N° 1352 que entró en vigencia el 1 de enero de 2018 y modificó los artículos 1° al 7°, 11° al 14, y 16° al 18° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional.

Asimismo, derogó el artículo 19°, la Sexta Disposición Complementaria Final y la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional; el artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106°, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y el crimen organizado.

Finalmente, se dispuso que, el procesamiento y sanción de las personas jurídicas, se realizará mediante las normas y disposiciones del Decreto Legislativo N° 957; razón por la cual, se adelanta la vigencia de los artículos 90° al 93°, 372° y 468° al 471° del Decreto Legislativo N° 957 y demás normas de este Decreto Legislativo que resulten aplicables en aquellos distritos judiciales donde no se encuentre vigente; conforme a lo establecido en la Tercera Disposición Complementaria Final.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 3° de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, modificada, posteriormente, mediante el Decreto Legislativo N° 1352, Decreto Legislativo que amplía la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, las personas jurídicas a que se hace

referencia en el artículo 2° de la citada Ley son responsables administrativamente por los delitos previstos en los artículos 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

El artículo 2° de la Ley N° 30424 establece su ámbito subjetivo de aplicación, que comprende a las personas jurídicas, definidas por la norma como ***“...las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”***.

Según el artículo 5° de la Ley N° 30424, el juez aplica, según corresponda, las medidas administrativas contra las personas jurídicas que resultaren administrativamente responsables de la comisión de los delitos antes mencionados: Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito. Inhabilitación, en cualquiera de las siguientes modalidades: Suspensión de sus actividades sociales por un plazo no menor de seis meses ni mayor de dos años. Prohibición de llevar a cabo, en el futuro, actividades de la misma clase o naturaleza de aquellas en cuya realización se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. La prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. La prohibición temporal no será menor de un año ni mayor de cinco años. Suspensión para contratar con el Estado de carácter definitivo.

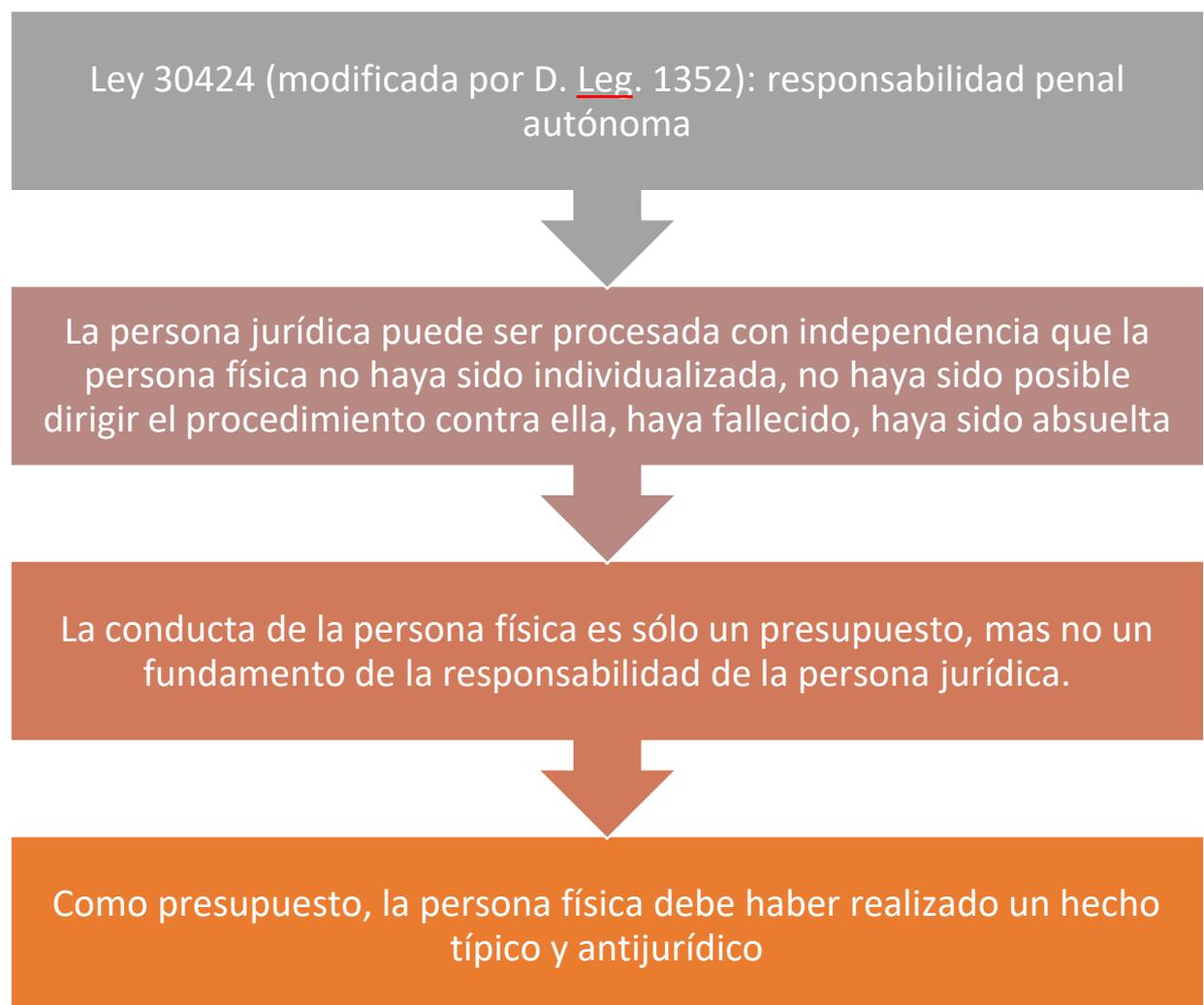
Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales. Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no menor de un año ni mayor de cinco años. Disolución.

El artículo 6° de la Ley N° 30424 otorga al juez la facultad de ordenar medidas administrativas complementarias, tales como la intervención de la persona jurídica que resultara administrativamente responsable de la comisión de los delitos establecidos en el artículo 1° de la misma norma, hasta por un período dos años. La intervención puede afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

Asimismo, el artículo 17.1 de la Ley bajo comentario dispone que: “Está exenta de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en el artículo 1, si adopta e implementa en su organización, con anterioridad a la comisión del delito, un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos,

necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión”.

El artículo 17.2 de la misma norma establece los estándares mínimos que debe cumplir el modelo de prevención: Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración. Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo a través de la persona jurídica. Implementación de procedimientos de denuncia. Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención. Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.



CAPITULO II:

EL SOCIETAS DELINQUEREN NON POTEST EN EL CODIGO PENAL PERUANO, Y SU REPERCUSIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO

2.1. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS FUNDAMENTO DEL SOCIETAS DELINQUEREN NON POTEST EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El Código penal de 1991, recepciona los modelos españoles del proyecto del código penal 1980 y anteproyecto de 1983, introduciendo medidas que afectan a la persona jurídica, bajo el título de Consecuencias Accesorias, que conforme explica Peña Cabrera: **“(...). Sin que esto importe de modo alguno la capacidad penal de las personas jurídicas, (...), fundamentándose, de esta manera el carácter individual de la capacidad penal, propia de la persona física. (...). De allí, de la vigencia del principio “societas delinquere non potest” no entraña contradicción con la imposición de sanciones administrativas a la persona jurídica”¹²**

Esto dispuso el legislador a fin de concurrir en una coherencia sistemática con la morfología del Código Penal, que fue estructurado en sus conceptos, de acción, tipicidad y culpabilidad, bajo una noción antropocéntrica, donde el comportamiento era estrictamente humano, puesto que la capacidad de motivarse y comprenderse de la persona humana determina su autodeterminación en razón de la norma penal, lo cual fundamenta su responsabilidad penal.

Consciente de ello el legislador opto por evitar una dispersión dogmática al interior de cuerpo de leyes penales, a fin de obtener una técnica legislativa, sin embargo también perceptivo de la realidad de la comisión de ilícitos al interior de la persona jurídica, y del reconocimiento teórico y normativo con respecto a la irresponsabilidad penal de las persona jurídicas, hace frente a esta forma de criminalidad, en la figura jurídica las consecuencias accesorias, que conforme a su naturaleza no son penas, ni medidas de seguridad, como tampoco constituyen una reparación civil.

Esa fue la afirmación de los profesores **REYNA ALFARO Y CARO CORIA**, quienes refieren que: ***“Nuestro CP descarta la responsabilidad penal de la persona jurídica. Esto porque las***

¹² PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de Derecho Penal. Parte Especial III. Ed. Ediciones Jurídicas. Pág. 158.

estructuras dogmáticas sobre las que descansa el estatuto punitivo nacional son de corte claramente individual. En efecto, el artículo 11° del CP (“Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley), reconoce como presupuesto del hecho punible la existencia de una acción jurídico penalmente relevante. Este concepto tal cual ha sido construido por la dogmática jurídico penal, permite disgregar las acciones en sentido estricto (ontológico material), (...). en tanto y en cuanto ellas se encuentren orientadas por la voluntad humana”¹³.

Y la coherencia de las consecuencias accesorias, no se pueden catalogar como auténticas penas, si no se demuestra la existencia de culpabilidad de la persona jurídica, siendo que esta fórmula típica fue estructurada para la persona natural, pues es el único agente capaz de atribuirle un injusto, puesto que como sujeto libre puede optar por comportarse de modo distinta a las exigencias de la norma penal, lo cual fundamenta su reprochabilidad, por otro lado se comprendía que las personas jurídicas no tienen posibilidad de conocer la antijuridicidad del hecho, pues no existe una posibilidad normativamente determinable del ente incorpóreo, por estos fundamentos el código penal, desconoce la capacidad acción y de culpabilidad de las persona jurídicas.

Entonces la imposición de las consecuencias accesorias a las personas jurídicas, respondían no a una pena por el respeto irrestricto del *societas delinquere non potest*, así lo afirma PEÑA CABRERA, que: ***“(...) La dogmática jurídico penal ha estructurado la responsabilidad penal exclusivamente para las personas físicas, por tanto, las sanciones que el ordenamiento jurídico penal impone a las personas jurídicas no constituyen parte de las penas establecidas en el artículo 28 del C.P. El texto punitivo con la finalidad de robustecer los principios de culpabilidad y de personalidad de las penas sanciona a las personas jurídicas en la medida de lo posible mediante sanciones administrativas y civiles, como es el caso de del art.105 del C.P, y no a través de sanciones penales (Societas delinquere non potest)”¹⁴***

Siguiendo este argumento doctrinal debemos reconocerlas conforme la edificación del Código Penal Peruano, como sanciones de carácter administrativo que tiene el carácter de medidas preventivas de

¹³ CARO CORIA, Dino Y Luis Miguel REYNA ALFARO. Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I. Ed. Jurista. 2016. Pág. 667.

¹⁴ PEÑA CABRERA, Raúl. Estudio Programático de la Parte General. Tomo I. Ed. Grijley. 1995. Pág. 587-588.

carácter asegurativo y coercitivo, fundamentado, en la peligrosidad de la persona jurídica como instrumento adecuado a la realización de hecho ilícitos, determinado en la peligrosidad objetiva de la cosa, pues no es la persona jurídica quien vulnera la norma jurídico penal, sino que lo realiza la persona natural y es quien instrumentaliza a la persona jurídica para perpetrar ilícito penales, por lo cual contra este instrumento a fin de evitar riesgos jurídicamente prohibidos, se emplean medidas destinadas a conjurar esos peligros, pues ello fundamenta la necesidad de proteger bienes jurídicos probablemente vulnerados.

Por otro lado la imposición de las consecuencias accesorias, depende de una noción de heteroresponsabilidad, es decir que apriorísticamente deba atribuirse a la persona natural una responsabilidad penal, y al determinarse que la persona jurídica, fundamentado en el hecho que actúan en nombre de la persona jurídica, por cuenta de ella y en su provecho, entonces esta peligrosidad posibilita transferir a la empresa la responsabilidad penal por el injusto penal que realizan sus órganos o representantes, por un hecho de conexión el cual gravita en la antijuridicidad de un hecho que determina a la persona jurídica como un ente peligroso objetivamente.

Entonces esto otorga una identidad delictiva entre persona natural y persona jurídica, sin embargo este tesis ostenta dura crítica por parte de la academia, GARCIA CAVERO, explica que: “ (*...*), *este modelo de atribución se sustentaría en el fondo en una pura responsabilidad objetiva, lo que difícilmente resulta compatible con una imputación penal regida por el principio de culpabilidad por el hecho propio*”¹⁵.

Sin embargo, como señalamos la persona jurídica no está sujeto a culpabilidad sino a un criterio objetivo de responsabilidad por el peligro objetivo que conlleva su instrumentalización, de esta manera no puede exigirse un respeto del principio de culpabilidad en sentido estrictamente de persona natural.

Con ello se efectúa la imposición de sanciones administrativas, como una expresión del poder punitivo estatal que es el derecho administrativo sancionador, para hacer frente a la situación objetiva de peligro baso en el defecto de organización, pero que no consolida una idea de una responsabilidad penal dela persona jurídica, así lo explica BRAMONT ARIAS, que “**El ordenamiento jurídico peruano nolo acepta por el momento; es de aplicación la máxima *societas delinquere non potest*. (...).**”

¹⁵ GARCIA CAVERO, Percy. Intervención delictiva en estructuras empresariales. Ed. Ideas. Pág. 17.

Para ello, de un lado, el CP ha creado la fórmula del actuar en nombre de otro (art.27°); y de otro lado, coincidiendo en las recomendaciones de la Asociación Internacional de Derecho Penal , ha establecido en art. 105° una serie de consecuencias accesorias para las persona jurídicas, prohibición de actividades, prohibición de realizar actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito aplicables a las sociedad en cuyo seno se han cometido lo referidos hechos delictivos”¹⁶.

2.2.- LA AUSENCIA DE REFERENCIA DEL CRIMINAL COMPLIANCE EN LA IMPOSICIÓN DE CONSECUENCIAS ACCESORIAS A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El artículo 105 del Código Penal, tiene como premisa, “en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización”, que en palabras de la profesora Laura Zúñiga son: “**(...). Las dos modalidades de actuación delictiva de personas jurídicas. (...). Delito en el ámbito de organización- persona jurídica o delito de instrumentalización a la persona jurídica**”¹⁷

De esta forma el ordenamiento jurídico peruano reconoce en su código civil en la sección segunda del libro I de Personas, las personas jurídicas de derecho privado artículo 77° del CC, y las de derecho publica se rigen por su ley de creación artículo 76° CC.

Se reconocen como personas jurídicas de derecho privado, a la asociación (artículo 80 cc y siguientes); fundación (artículo 99 y siguientes) y comité (artículo 111 y siguientes).

El Artículo 105.2 del código penal, reconoce este espectro de personas jurídicas, cuando establece que:

“Disolución y liquidación de la sociedad, asociación, fundación cooperativa o comité”.

Ahora el Código Civil, reconoce la asociación, fundación y comité no inscritos, sin embargo, el artículo 105 del código penal no establece a las personas jurídicas no inscritas, por lo que solo podrá recaer consecuencias accesorias en personas jurídicas inscritas, negándose la posibilidad de aplicarse estas medidas a organizaciones formalizadas, las sociedades de hecho. Y al no mencionar a las personas

¹⁶ BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. Derecho Penal (Visión Histórica). Parte General. Ediciones Jurídicas UNIFE. 2004. Pág.539.

¹⁷ ZUÑIGA RODRIGUEZ, Laura. Criminalidad de empresa y criminalidad. Ed. Juristas. Pág. 137.

jurídicas de derecho público, bajo el principio de legalidad (artículo II del Título Preliminar del Código Penal¹⁸ no resulta pasible de consecuencias accesorias.

La persona jurídica sujeta a la imposición de una consecuencia accesoria, será siempre una persona de derecho privado, nunca una de derecho público, actuando en interés o representación propia de la persona jurídica pública, sino en interés personal, ***“(...) pues la entidad pública válidamente creada, jamás responderá al interés subalterno de sus eventuales representantes o administradores así como tampoco a estos les interesara actuar de tal modo que con su accionar doloso incrementen los activos o intereses de la persona jurídica pública¹⁹.***

Entonces la persona jurídica privada es a la que hace referencia las consecuencias accesorias, en el Código Penal, ostenta una distinción, con el artículo 2° del Decreto Legislativo 1352²⁰, que sí reconoce que las personas jurídicas pasibles de imposición de sanciones administrativas pueden ser las empresas del Estado.

Formula que no está esclarecida en el artículo 105 y siguientes del Código Penal Peruano, es más una ausencia notable de estas normas es lo referente al criminal compliance que sirve como aquel sistema de prevención, detección y reacción de una persona jurídica que presenta un defecto de organización, es decir la ausencia de un modelo de prevención del delito, su desempeño como ciudadano corporativo en cuanto a la implementación de una cultura corporativa de actuación en sociedad no solo comercialo económica sino también social, puesto de haber sido estipulado un programa de cumplimiento normativo, se generaría un marco de sanciones disciplinarias a las personas naturales que fecundaron la actividad delictiva al interior de la persona jurídico y de esta forma se impediría la continuación de la instrumentalización de la persona jurídica.

¹⁸ **Artículo II.-** Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta por la ley vigente al momento de su comisión, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.

¹⁹ NEYRA FLORES. José Antonio. Tratado de derecho procesal penal. Ed. Idemsa. Pág. 384

²⁰ Art. 2° “Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta”.

Se expresa la ausencia del criminal compliance en el cuerpo normativo, de la fórmula que utilizara el juez para evaluar la peligrosidad objetiva de la persona jurídica, en atención al artículo 105-A²¹ del Código Penal, los cuales para fines didácticos pueden extrapolarse en tres presupuestos: 1.- Hecho principal, que radica en la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas requiere de la comisión de un delito por una persona individual quien ostenta una relación contractual o de facto. Queda claro que la persona que realiza el hecho punible debe tener un vínculo que acredite una relación no solo contractual sino también fáctica, a efectos de que se considera que el agente ha cometido el injusto utilizando la organización empresarial, por ello la comprensión del hecho punible solo debe abarcar los delitos de la parte especial del Código Penal, por la repercusión lesiva de los bienes jurídicos que merecen tutela e intervención del aparato punitivo estatal, así lo explica GARCIA CAVERO, “*(...). El termino hecho punible, puede abarcar tanto los delitos como las faltas de carácter especialmente invasivo de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas aconsejarían reservarlo para los hechos graves, es decir para los hechos delictivos*”²².

Ahora el primer presupuesto del artículo 105° del Código Penal, refiere que se ejerce en la realización del hecho punible en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, entonces el delito debe ser cometido en el contexto de la actividad institucional del ente colectivo, con independencia de si la realización de tal hecho punible resulta o no favorable a la persona jurídica basta con ostente un rezago ilícito así este genere un provecho económico o institucional o si su comisión resulta pernicioso en esos aspectos, por otro lado el tipo penal establece que se realice para favorecer o encubrirlo y ello tiene una respuesta en el deficiente organización sin embargo no existe mención al programa de cumplimiento por ello el juzgado debe establecer su peligrosidad como otro fundamento.

Entonces el otro presupuesto reposa en la Peligrosidad de la Persona jurídica y no en la deficiente organización, para su imposición basta con que la conducta efectuada por el agente ostente un nexo

²¹ Artículo 105-A, Las medidas contempladas en el artículo anterior son aplicadas de forma motivada por el juez, en atención a los siguientes criterios de fundamentación y determinación, según corresponda: 1.- Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. 2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. 3. La gravedad del hecho punible realizado. 4. La extensión del daño o peligro causado. 5. El beneficio económico obtenido con el delito. 6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. 7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. La disolución de la persona jurídica se aplica siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

²² GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal- Parte General. Ed. Ideas. Pág. 1105.

con la persona jurídica, es decir la peligrosidad de la estructura organizativa de la persona jurídica, lo cual debe ser valorado mediante un juicio de pronóstico, es decir mediante una aprehensión muy posible de la realización de un hecho criminógeno al interior de la persona jurídica en la génesis de su propia actividad o en razón de su organización, que se expresa del todo delictiva.

Siendo el grado de intensidad que debe atender el juzgador la intensidad de este peligro y que se exteriorice de la propia persona jurídica, por ello debe ser una peligrosidad concreta y no abstracta, lo cual se materializa en que la actividad de la persona jurídica resulta un riesgo notable para bienes jurídicos, así pueden existir su puesto donde desde su génesis fue organizada para comisionar delitos y otro por que, en el decurso de su vida comercial, económica decayó en peligrosa.

El tercer presupuesto apunta entorno a la proporcionalidad por la cual debe optar el juzgador por considerar que la imposición de una consecuencia a las personas jurídicas, deben resultar necesarias e idóneas para evitar la realización de posibles delitos al interior de la persona jurídica por su actividad u organización. Por eso un juicio valor idóneo debe considerar un fin preventivo de la comisión de delitos, lo cual se vincula a la necesidad de parar el desequilibrio manifiesto contra el sistema normativo a través de la utilización de la comisión del delito a través de la persona jurídica.

De los argumentos antes señalados, si bien la aplicación de programas de cumplimiento al interior de la persona jurídica corresponde a una decisión optativa puesto que no existe norma imperativa para su adopción, sin embargo la persona jurídica consciente del riesgo de su propia actividad, debe considerar las infracciones de índole, laboral, administrativa y con mayor interés penal que debe conjurar, sin embargo puede no implementarse ni considerarse la misma, y es lo que antes de la Ley 30424, la práctica empresarial establece como una praxis convencional de ahí que el Código Penal, no hiciera referencia a actividades estrictamente privadas de la persona jurídica quizás a fin de evitar una intromisión pues no resultaba en un estado democrático de derecho establecer la forma de organizarse y autorregularse a los entes colectivos pues depende estrictamente de la voluntad de sus miembros.

Fue entonces que tras la dación de Ley 30424 y su Decreto Legislativo N° 1352, que en su artículo 17° numeral 1° se reconoce eximentes de responsabilidad administrativa de la persona jurídica si esta se encuentra condicionada a un programa de cumplimiento antes de la comisión de cualquiera de la gama de delitos que reconoce la ley antes señalada, entonces esta adecuación a los riesgos, necesidades y medidas destinada a prevenir, vigilar y denunciar delitos al interior de la persona jurídica.

Relucen una nueva concepción entorno a la organización de la persona jurídica, puesto que el reproche que establece el Código Penal en sus artículos 105 y 105-A, pueden evitar si la persona jurídica cumplió en su interior de programas destinados a evitar delitos, lo cual siguiendo el riesgo de peligro objetivo reduciría totalmente esta noción, primero porque se entendería que la persona jurídica no es peligrosa, sino que tiene canales destinados a mitigar los posibles riesgos que de ella puedan emanar y segundo la función preventiva la ejerce ella misma por lo cual no requeriría una sanción en aras de conjurar ese posible riesgo, pues ya no es una persona jurídica instrumentalizada o manipulable para la comisión de ilícito o al menos eso intenta serlo.

Ahora también desde una noción ex post, el artículo 12° de la mencionada ley, recoge una serie de supuestos que posibilitan la atenuación de la sanción administrativa a imponerse la persona jurídica lo cual remedia cualquier noción de posible peligro de la persona jurídica que siga comisionando ilícitos a pesar de la sanción a imponerse, puesto que no basta conforme la represión y posterior reparación del hecho delictivo sino que se debe visualizar la vida de la persona jurídica dentro de todo su existencia económica, social y comercial.

Por ello la ausencia del Criminal Compliance en relación a las consecuencias accesorias, genera muchas veces valoraciones arbitrarias del juzgador que si bien deben partir de presupuestos como los arriba anotados y también determinados en el artículo 105-A, resulta de mayor entendimiento tanto para el persecutor público como para el juzgador entender a partir del programa de cumplimiento de la persona jurídica si esta resulta peligrosa y no a través de la conducta delictiva en sí misma, puesto que si bien el artículo 14° de la Ley 30424 establece una serie de criterios para la imposición de sanciones de las personas jurídicas entorno a su responsabilidad administrativa, sin embargo es necesario considerar que esto se ejerce ya en una de sanción y no de valoración como si lo hace el artículo 105-A del Código Penal, pues en esta al no existir elemento objetivo como el del programa de cumplimiento, el juzgador debe ejercer una valoración a nuestro criterio sumamente subjetiva, engorrosa, y muchas veces pernicioso a la persona jurídica y que no consideración una noción ex post, pues la persona jurídica sigue siendo peligrosa si ha sido sancionada con alguna consecuencia accesoria.

Para efectos de la presente resulta necesario efectuar un análisis de los presupuestos del artículo 105-A del Código Penal, a fin de esclarecer el panorama interpretativo que debe tener el juzgador ante la ausencia de programas de cumplimiento para su imposición, así:

1. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas

El juzgador debe considerar que la imposición de las consecuencias accesorias van a responder a un carácter idóneo, necesario, que posibilite la prevención de la persona jurídica como instrumento de la comisión del delito, puesto que tanto desde su formación organizacional, como directiva pueden ostentar un peligro latente en la vulneración de bienes jurídicos, sin embargo esta prevención no es comprendida desde una prevención general o especial, pues no existe una coacción psicológica a la persona jurídica pues esta no se puede motivar por la sanción ni tampoco esta tiene una noción de inocuidad, pues ello no resulta posible en la persona jurídica instrumentalizada, formula que si reposa en la persona natural.

Por ello la peligrosidad objetiva se determina en su utilidad como instrumento delictivo, sin embargo, resulta compleja esta valoración sino se puede conocer el defecto de organización a través de un programa de cumplimiento.

2. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible

Conforme a esta supuesto, se vincula entorno al defecto organizativo y su cultura corporativa debe presentar la persona jurídica, lo cual permite medir la utilización de la persona jurídica, puesto que si no existe una cultura de autorregulación se puede extrapolar que será un epicentro de comisión de delitos en el supuesto de su propia actividad, así imagine una persona jurídica cuya actividad comercial es la diversión, imaginemos un pub, que en el decurso es utilizada para perpetrar delitos como la tratade personas, bajo ese supuesto se puede considerar que resulta sumamente pernicioso la instrumentalización de la persona jurídica. Otro caso es el de las personas jurídicas que desde su génesis sirven como una fachada para la comisión del delito, es del caso aquella persona jurídica que sirve para la fabricación de estupefacientes prohibidos.

Entonces la valoración que ejercer el juzgador debe plasmarse, entendiéndose no solo la vinculación de la organización de la persona jurídica o su función comercial sino la utilidad que brinda la persona jurídica a la persona natural para comisionar el delito, en su favor o a nombre de ella.

3. La gravedad del hecho punible realizado

Este presupuesto se analiza conforme la proporcionalidad del hecho punible, con la imposición de la medida, lo cual determina que siempre se tratara de delitos cuya lesividad al bien jurídico, resulta

trascendental, de esta forma no se considera la repercusión en la utilización de la persona jurídica lo cual sería ex post, sino que se valora ex ante, es decir la gravedad radica en la conducta típica de la persona natural.

4. La extensión del daño o peligro causado

El perjuicio o detrimento del bien jurídico afectado debe valorarse por parte del juzgador desde una forma cuantitativa y cualitativa, y en consideración a ello la persona jurídica debería responder en proporcionalidad del delito, pues el peligro causado no debe ser entendida en formula abstracta sino en un ámbito concreto de la lesividad y la posibilidad de repararlo.

De esta forma aquí podría valorarse los riesgos existentes dentro de la persona jurídica que hicieron permisibles o favorecieron la comisión de delito, contrario, a la debida diligencia o prevención de la comisión del hecho; este punto está también relacionado con el nexos causal, pues sería preferible hablar de causalidad adecuada, fundamentada en la infracción de los deberes de vigilancia o de cuidado por los riesgos que genera la actividad de la persona jurídica, que con un programa de cumplimiento pueden ser tratados, sin embargo el Código Penal no refiere.

5. El beneficio económico obtenido con el delito

Se infiere que el legislador desvalora negativamente, el beneficio económico obtenido por parte de la persona jurídica como consecuencia de los hechos punibles realizados. Dicho beneficio puede estar constituidos no solo las ventajas económicas obtenidas de forma directa a través de ilícitos sino también por el beneficio reputacional.

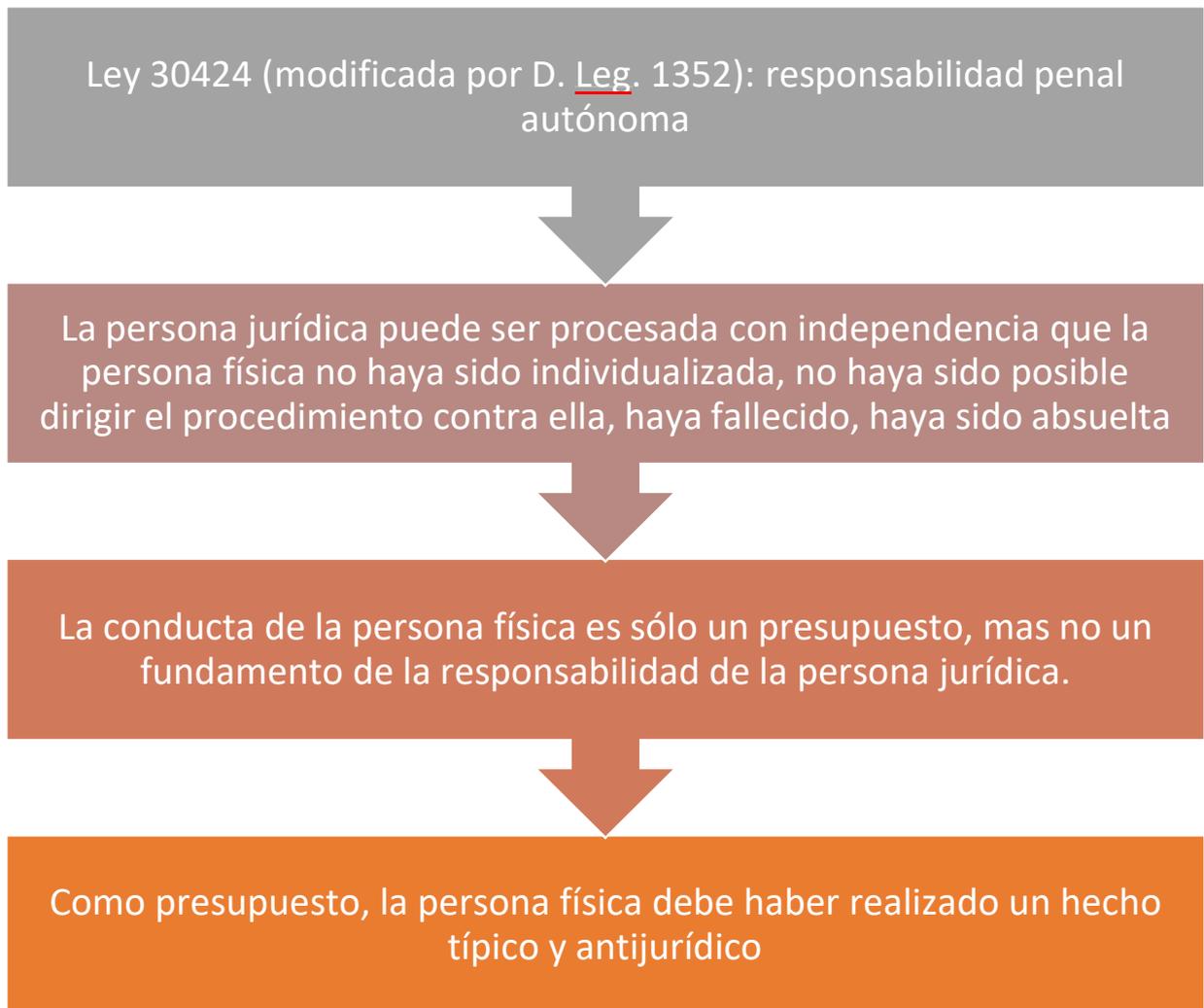
6. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible

El juez debe valorar ex post, si la persona jurídica ha reparado espontáneamente el daño causado al sujeto pasivo surgido a consecuencia, de la realización del acto ilícito o hecho punible, pues la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho delictivo constituiría el fundamento de la exclusión de la consecuencia accesoria.

Por otro lado, se infiere que el inciso bajo análisis no solo se refiere a las consecuencias de índole pecuniaria que pueden surgir a consecuencia del hecho punible cometido por la persona jurídica, con lo cual solo se puede paliar los daños a través de la reparación espontanea a víctima del hecho punible.

7. La finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica

Permite al juez conocer si la persona jurídica, cual ha sido su cultura corporativa, o su actuación como ciudadano corporativo, ello permite ajustar, parámetros o criterios de necesidad, idoneidad y merecimiento.



2.3- ORIENTACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA EN LA JURISPRUDENCIA PENAL INTERNACIONAL

En el caso de la justicia penal los diversos países en su sistema de justicia se han pronunciado sobre la necesidad de la compliance penal o programa de prevención de delitos. Con este panorama, resulta curioso destacar que las empresas no actúan voluntariamente para implantar los programas de prevención de riesgos penales, por ello parece que hay que hacer una labor de convencimiento de lo que es una clara necesidad u obligación legal, como lo es el propio plan de prevención de riesgos criminales. Desde las reformas penales, las empresas están viendo la necesidad de implementar en sus compañías un programa de prevención de riesgos penales, en las sentencias de los diversos países tenemos que han venido emitiendo resoluciones.

En Estados Unidos, los grandes escándalos de corrupción de los años setenta tales como el caso Watergate o los pagos de comisiones a altos funcionarios extranjeros por la empresa Lockheed Corporation, cuestionaron cómo se estaban gestionando las empresas. Con el fin de recuperar la confianza en el tejido empresarial, el Congreso aprobó la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) de 1977 (o Ley de prácticas de corrupción extranjera).

Por su parte, la Unión Europea, dictó la Recomendación N° R (88) 18, de 20 de octubre, del Consejo de Europa, uno de los primeros instrumentos europeos en dar respuesta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero no es el único. Son varias las Convenciones, Decisiones Marco y Directivas en el ámbito comunitario que adoptan normas mínimas, dejando la regulación específica al derecho interno de cada país.

En tal sentido, la Directiva 2014/24/ UE de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, viene a situar la primera piedra de una ulterior exigencia de contar con planes de prevención de delitos, (o también denominados Corporate Compliance Programs), a todas las personas jurídicas que pretendan contratar con la Administración Pública.

Francia abandonó el adagio *societas delinquere non potest* a principios del siglo XX, pero se plasmó definitivamente en el Código Penal de 1994. Sin embargo, en un primer momento sólo se podía reconocer en los casos expresamente previstos por la ley o el reglamento, lo que conllevó contradicciones en la jurisprudencia y en 2003, la Corte de Casación reconoció la responsabilidad de una persona jurídica por un ilícito no contemplado expresamente.

Esta inseguridad jurídica dio lugar a la aprobación de la ley N° 2004-204 y desde el 31 de diciembre de 2005 las personas jurídicas son responsables de todo ilícito, incluso el homicidio como en el caso de la aerolínea Germanwings, salvo aquellos supuestos excluidos expresamente por el legislador.

En Francia se exige que un órgano de la entidad cometa la infracción y que la misma haya sido a cuenta de la persona jurídica, instaurando un sistema denominado "autónomo", es decir, no se concibe la imputación de una persona jurídica por los hechos ilícitos cometidos por los trabajadores. Además, no se exige la existencia de un beneficio directo o indirecto, sino que la infracción haya sido cometida en el marco de la actividad de la compañía.

Recientemente, Francia dio un paso más. En diciembre de 2016 se publicó la ley francesa n° 2016/1691 conocida como Ley Sapin II, en honor al Ministro de Finanzas y Economía francés, Michel Sapin, que en 1993 dictó la Ley Sapin I destinada al control de transparencia y persecución de la corrupción en la industria publicitaria, entre otros mercados.

Dicha ley ha entrado en vigor el 1 de junio de 2017, y establece la obligatoriedad de un programa de Compliance contra la corrupción, no sólo a las empresas radicadas en Francia, sino también a las filiales de grupos empresariales situadas en el extranjero, por la repercusión que tienen para la matriz, siempre que cumplan los siguientes requisitos: empresas con más de 500 trabajadores o formar parte de un grupo de empresas cuya matriz esté en Francia y emplee al menos a 500 trabajadores y un volumen de negocios bruto superior a 100 millones de euros conforme los tres últimos ejercicios.

El incumplimiento de esta medida supone sanciones penales y económicas de hasta un millón de euros, que podrán aplicarse a la empresa o incluso a los miembros del consejo de administración, quienes, en caso de incumplimiento, serán personalmente responsables.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas del derecho francés es contraria a la contemplada por Alemania (artículo 30 de la Gesetz Über Ordnungswidrigkeiten o Código Contravencional Federal -OWiG- de 1975) e Italia (Decreto Legislativo N° 231 de junio de 2001), para quienes la responsabilidad penal es personal y requiere en todo momento la interacción de una persona física.

Es más, la Constitución italiana de 1948 contempla en el artículo 27.1 el carácter personal de la responsabilidad penal. Italia adhiere a un modelo denominado híbrido, según el cual la persona jurídica imputada por un delito participa en un proceso penal, pero le son aplicables sanciones administrativas, con la particularidad de que éstas son acordadas por el Juez Penal.

Por otro lado, Alemania ha implementado un modelo de responsabilidad de las personas jurídicas sujeta a infracciones administrativas. Es decir, en Alemania la responsabilidad de las personas jurídicas es administrativa, pero sujeta a considerables multas en relación a otros países.

Portugal contemplaba la responsabilidad penal de las personas jurídicas ante infracciones económicas y delitos contra la salud pública a través del Decreto-Ley n° 28/1984. Sin embargo, más de veinte años después, la Ley 59/2007 se incorpora al Código Penal, y extiende tal responsabilidad a un amplio número de delitos cometidos por aquellas personas físicas que ocupen en la empresa una posición de autoridad.

Por ello, el ilícito debe cometerse en nombre y representación de la entidad, y en su particular interés. Pero, además, estar íntimamente relacionado con las actividades normales de la persona física dentro de la organización.

Los ilícitos son los expresamente contemplados, entre los que cabe mencionar: malos tratos (art. 152.º-A); violación de las normas de seguridad (art. 152.º-B); esclavitud (Artículo 159.º); la trata de personas (artículo 160.º); algunos delitos contra la libertad sexual (artículos 163.º a 166.º, siendo víctima menor, y los artículos 168.º, 169.º, y 171.º a 176.º); delitos de fraude (artículo 217.º a 222.º), discriminación racial, religiosa o sexual (art. 240.º); falsificación de documentos (art. 256.º); falsificación de informes técnicos (art. 258.º); delitos de falsificación de dinero y algunos delitos de peligro común (art. 262.º a 283.º y 285.º), asociación criminal (art. 299.º); tráfico de influencias (art. 335.º); desobediencia (art. 348.º); violación de imposiciones, prohibiciones o interdicciones (art. 353.º); soborno (art. 363.º); favorecimiento personal (art. 367.º); blanqueo de dinero (art. 368.º-A) y la corrupción (art. 372.º a 374.º).

Finalmente, España contempló la responsabilidad penal de las personas jurídicas mediante la Ley Orgánica 5/2010. Sin embargo, en el año 2015 se contemplaron expresamente en el artículo 31 bis del Código Penal los requisitos que debe cumplir un Programa de Compliance o de prevención de riesgos penales, tales como la voluntad del órgano de administración de elaborarlo e implantarlo, identificación de los riesgos penales, la figura del Compliance Officer u órgano de cumplimiento dentro de las empresas, un canal de denuncias destinado a comunicar irregularidades, recursos financieros adecuados, campañas de formación y concienciación y una revisión continua tanto del análisis de los riesgos como de la implementación de las medidas de supervisión y control que se aconseja.

Un programa de Compliance efectivo y correctamente implantado, entre otras causas, permite eximir a la empresa de una eventual condena penal, o atenuarla cuando se implemente antes del juicio oral.

En nuestros vecinos el caso de Chile, que, como consecuencia de las obligaciones asumidas en el Convenio OCDE, sanciona en 2009 la Ley 20.393 por la que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El fundamento no radica en la comisión del ilícito por una persona física vinculada a la entidad, sino por un incumplimiento por parte de la empresa de sus deberes de dirección y supervisión.

Sin embargo, el alcance de la responsabilidad penal se reduce a sólo tres ilícitos: lavado de activos; financiamiento del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales y extranjeros.

Argentina aprobó la ley de Responsabilidad Penal de las personas jurídicas, el cual contempla que empresas responderán penalmente por algunos delitos específicos tales como cohecho y tráfico de influencias nacional o transnacional, negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas, concusión, enriquecimiento ilícito de funcionarios y balance e informes falsos, siempre que "hubieren sido realizados, directa o indirectamente, con su intervención o en su nombre, interés o beneficio", quedando exentas de responsabilidad penal las empresas "sólo si la persona humana que cometió el delito hubiere actuado en su exclusivo beneficio y sin generar provecho alguno para la compañía". Un punto central del proyecto es la inclusión de los Programas de Integridad, que, además, serán obligatorios para aquellas empresas que contratan con el estado.

En España

Tenemos siete Sentencias del Tribunal Supremo: El Tribunal Supremo dictó La Primera Sentencia N.º 514/2015, el 2 de septiembre de 2015, tratando por primera vez la responsabilidad penal de las empresas, y determinando que cualquier pronunciamiento condenatorio de una persona jurídica tendrá que estar basado en los principios que informan el 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 heteroresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal (…)”.

El 19 de febrero de 2016, El Tribunal Supremo Dictó La Segunda Sentencia N.º 98/2016 que condenaba a otra mercantil, aunque en este caso adolecía de argumentación respecto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, puesto que la demanda inicial se presentó ante el Juzgado

de lo Mercantil, estando muy fresca todavía la primera reforma del Código Penal, LO 5/2010, que introducía por primera vez en España la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El 29 de febrero de 2016, se dictó La Tercera Sentencia Del Tribunal Supremo N.º 154/2016, sentencia importante porque a partir de este momento se establecería claramente la exigencia de la aplicación de medidas de control en la empresa que intenten evitar, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la misma 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 recalca que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, en la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante en la empresa, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho o de ética corporativa.

Se tiende a delinquir por no disponer en la empresa de este componente ético-social referido, y en concreto por un beneficio o provecho. Para la Sentencia n.º. 154/2016, no importa que ello corresponda a motivaciones individuales, como podría ser un ascenso o unos pretendidos dividendos económicos, lo que molesta 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 (…)”.

Aunque, en cualquier caso, la persona jurídica deberá apoyar 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, antes, al contrario, para el código es acumulativa, pudiendo darse ambas responsabilidades conjuntamente. (…)”.

Y, 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. O 744/2016, de 6 de octubre de 2016, como en la Séptima Sentencia N. O 31/2017, de 26 de enero de 2017.

Estas sentencias recogen la cuestión procesal de la representación de las personas jurídicas en relación con las personas físicas también investigadas en la empresa.

Claro ejemplo es el problema del administrador único de la empresa, investigado como persona física, y la persona jurídica investigada, representada por este mismo administrador único.

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

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 apuntan las Sentencias del Supremo, podemos decir que el correcto cumplimiento del programa normativo no solo actúa como un factor preventivo de responsabilidades penales en la empresa, sino que se entiende como un business Benefit, el mayor conocimiento de estos factores de riesgo proporciona en la compañía mayores ventajas competitivas frente a otras compañías (orientativas, reputacionales, de buen gobierno corporativo, de transparencia para la contratación con la Administración Pública o con países extranjeros, etc.).

Alemania

En Alemania tenemos el famoso caso de corrupción de la empresa alemana Siemens, cuyas ramificaciones se extendieron por todo el mundo. En concreto el 10 de diciembre de 2013 el Tribunal Regional de Munich I dictó una sentencia pionera, en el sentido de enumerar los requisitos mínimos que debe cumplir un programa de cumplimiento normativo para poder considerarlo suficiente y eficaz a la hora de lograr la exoneración de responsabilidad civil de un miembro del consejo de administración. Por otra parte, esta sentencia también marcó un antes y un después en el ámbito del Buen Gobierno y Compliance en Alemania, al definir de manera clara y exhaustiva las responsabilidades que en dicho cumplimiento tienen los consejeros de una sociedad como órgano de administración de la misma.

La empresa Siemens AG, creó y alimentó un sistema de corrupción y soborno a fin de conseguir pedidos y aumentar sus ventas fuera de Alemania. Tras varias condenas en diferentes jurisdicciones, incluyendo la americana, la sociedad Siemens AG se vio obligada en Alemania a iniciar acciones legales contra los miembros de su propio consejo de Administración por incumplimiento de las que eran sus obligaciones societarias y laborales. Es decir, fue la propia empresa quien en su día decidió exigir a sus directivos la responsabilidad derivada de sus actuaciones, al no haber controlado de forma adecuada el cumplimiento normativo dentro la empresa que dirigían.

La entidad consiguió llegar a un acuerdo extrajudicial con las aseguradoras de diez de los once consejeros contra los que dirigía la reclamación. A falta de acuerdo la entidad demandó al undécimo

consejero, Hans Joachim Neubürger, reclamando los daños y perjuicios ocasionados por la falta de responsabilidad en el ejercicio de su cargo, y el Tribunal Regional de Múnich I estimó en primera instancia íntegramente la demanda, condenando al Sr. Neubürger a pagar 15.000.000 Euros a Siemens.

Entre otros el tribunal considera probado que en Siemens se había creado e implementado un sistema de “cajas negras” destinado a pagos relacionados con la corrupción en los años 80. De este sistema se extraían importes (en efectivo o con cheques) que se derivaban a Austria mediante falsos contratos de consultoría, de tal forma que los empleados de la demandante podían disponer del dinero para sobornar y obtener mayores pedidos en el extranjero. Este sistema (y todos los indicios que señalaban la realidad del mismo) era sobradamente conocido por el Consejo de Administración de la Empresa Siemens, que nunca tuvo ningún reparo en consentir su uso, a pesar de la más que dudosa legalidad del sistema. El total del dinero dispuesto de esta forma superó los 400 millones de euros.

El Tribunal Regional de Múnich I concluye en su sentencia que el demandado, por su posición de consejero – Hans Joaquim Neubürger ocupó el cargo de Chief Financial Officer (CFO) de 1998 a 2006 – era responsable según el artículo 93 II AktG (artículo que resume las obligaciones legales de un consejero dentro de una sociedad y que regula su obligación de restituir el daño causado a la sociedad en caso de incumplir sus obligaciones) y debía en consecuencia compensar a la empresa demandante el daño y perjuicio causados por incumplir sus obligaciones de supervisión y compliance.

El tribunal basa su sentencia en el principio de obligación de legalidad y de supervisión de esa legalidad que tiene dentro de una empresa el Consejo de Administración, y por extensión todos sus miembros. En concreto el Tribunal Regional de Múnich I llega a las siguientes conclusiones:

Los pagos de sobornos en el extranjero, a pesar de haber estado permitidos en Alemania hasta 1999, son infracciones de la Ley y no se pueden justificar como necesarios para conseguir éxitos económicos en mercados extranjeros corruptos.

Los Consejeros deben ocuparse no sólo de la organización de la empresa, sino también de vigilar esa organización de forma que este tipo de infracciones no se cometan en la sede de la empresa.

Esta obligación organizativa en un entorno de riesgos sólo se entiende como cumplida cuando se establece un sistema de compliance suficiente dirigido a prevenir daños y controlar riesgos.

La ignorancia de determinados hechos no exime de responsabilidad a los cargos de una empresa, ni a sus empleados.

Un sistema de compliance insuficiente o una supervisión insuficiente suponen de facto un incumplimiento de las obligaciones de los consejeros.

Es el Consejo al completo quien debe determinar y regular con claridad qué consejero será el principal responsable del sistema, aunque la obligación de establecer un sistema de compliance efectivo y la vigilancia de su eficacia seguirán siendo de todo el Consejo.

Los responsables del sistema de compliance deben disponer de poderes suficientes para poder actuar ante posibles incumplimientos.

El consejero encargado de la supervisión del programa de compliance está obligado como parte de su función a informarse sobre los resultados de investigaciones internas y sobre posibles incumplimientos.

El Consejo al completo está obligado a comprobar si el sistema implantado cumple con los requisitos necesarios para evitar incumplimientos legales.

A pesar del silencio del Bundeskartellamt, los Tribunales Alemanes tras la famosa sentencia Neubürger empiezan a valorar los programas de cumplimiento en el ámbito del corporate compliance. Una reciente sentencia del Tribunal Supremo Alemán, Bundesgerichtshof ha reanimado el debate.

En efecto, la cámara de lo penal I en su sentencia de 9 de mayo de 2017 en el asunto 1 StR 265/16 ha apostado por considerar un programa de Compliance incluso su implantación con posterioridad a la infracción como un factor mitigante en un caso de evasión fiscal y sobornos en la industria armamentística. En el cálculo de la sanción resulta relevante la forma en la que otros participantes hayan implantado un sistema de Compliance eficaz que tenga por objeto reducir los incumplimientos en la empresa.

También resulta relevante si las empresas tras la implantación realizan mejoras y adaptaciones para evitar incumplimientos similares en el futuro. 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.

Se trata del primer reconocimiento jurisprudencial que ha permitido reducir una sanción en Alemania. Cabe esperar que en el marco de la Ley de Sanciones Administrativas (OWiG), tanto autoridades como tribunales en Alemania empiecen a reconocer los esfuerzos realizados por las empresas que puedan acreditar un compromiso sincero y real con el cumplimiento normativo.

EEUU

En los EEUU ha sentado precedentes de gran trascendencia la famosa sentencia de 23 de febrero de 1909 del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos²³, que confirmó la condena impuesta por la Corte del Distrito Sur de New York, en el caso de la New York Central & Hudson River Railroad Company. Tanto la empresa, como el asistente del gerente de tráfico, Fred. L. Pomeroy, fueron penalmente condenados al pago de US\$108.000 por la comisión de actos contra la libre competencia, esto es, el reembolso ilegal de las tasas de aranceles que prohibía la Ley Elkins de 1903 que, tras modificar la Ley de Comercio Interestatal de 1887, facultó a la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) a imponer, las que entonces podían considerarse multas elevadas, a las empresas ferroviarias que ofrecían reembolsos y a los usuarios que aceptaban dichos reembolsos. A las compañías ferroviarias, a sus directivos y a sus empleados no se les permitía ofrecer reembolsos por su carácter discriminatorio, porque distorsionaba el mercado y la libre formación de los precios, conforme a la oferta y la demanda. Es un fallo histórico porque consagró, a nivel Federal, la tendencia expansiva de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, en los Estados Unidos, venía imponiéndose desde el siglo XIX en las Cortes estatales, y que se afianzó durante el siglo XX hasta convertirse en una de las manifestaciones más importantes de la justicia penal extraterritorial para criminalizar a las empresas, como da cuenta la aplicación negociada y judicial de la Foreign Corrupt Practices Act (FCPA).

El Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos declara la responsabilidad penal de persona jurídica, importando para ello la doctrina civil del “respondeat superior” (los actos ilícitos de un empleado responsabilizan legalmente al empleador, si tales actos ocurren dentro de los alcances del contrato de trabajo), también conocida como vicarious liability (responsabilidad por representación), strict liability (responsabilidad objetiva) y estableciéndola como el estándar de imputación de la responsabilidad penal corporativa. En ese contexto, la persona jurídica responde por los actos de sus empleados en el ejercicio de sus funciones, conductas dolosas, culposas e incluso contrarias a las órdenes de sus superiores. Y es que la sanción penal no se funda en la participación de la persona jurídica en el hecho imputado sino en que el acto se realiza en su beneficio. El Tribunal “opta por un modelo de imputación, según el cual, los hechos cometidos por los agents de la corporation, cuando

²³ sentencia <https://casetext.com/case/new-york-central-rr-v-united-states>

actúen en su beneficio y dentro de la autoridad que les ha sido conferida, le serán atribuibles a la entidad. Su conocimiento y sus propósitos serán los de la propia persona jurídica”²⁴

Los condenados plantearon la inconstitucionalidad de esta forma de responsabilidad, por tres razones que fueron rechazadas por la Corte Suprema. En primer término se esgrimió que la punición a la persona jurídica implicaría condenar a los accionistas que no han sido oídos en el juicio, de modo que se violaría el debido proceso por indefensión, un argumento ampliamente difundido también en el civil law y que, en rigor, terminaría por bloquear no sólo la responsabilidad penal de la corporación, sino también la civil o la administrativa, dado que cualquier consecuencia contra la empresa lo sería también, aunque de modo indirecto, para los accionistas. En segundo lugar se sostuvo que la condena violaba la presunción de inocencia, garantía también integrante del debido proceso, porque los efectos de la sentencia se extendía a quienes no habían sido vencidos en un juicio justo, es decir a los accionistas, un argumento que no es sino corolario del primero y que tampoco podía aceptarse, apenas partiendo del argumento de que la persona jurídica, realidad o ficción, tiene una personalidad o es una entidad diferente a la de sus propietarios y órganos de dirección. Si la persona jurídica es una creación histórica para diferenciar el patrimonio de los accionistas frente al del ente jurídico, de modo que la responsabilidad patrimonial de la corporación no se extienda a los accionistas, no es coherente sostener lo contrario cuando se imputa responsabilidad penal a la persona jurídica, esto es, que la pena corporativa lo es para el accionista.

La Suprema Corte tampoco aceptó el tercer argumento de inconstitucionalidad, referido a que la entidad no puede responder por los actos de sus accionistas o directivos que, por constituir delitos, no podían ser autorizados por la corporación. Dicho de otro modo, la alta dirección no tiene el poder para autorizar o ejecutar delitos, con lo que una actuación que escapa a las competencias delegadas a sus directivos no puede imputarse a la corporación sino, y únicamente, a esos autores individuales del hecho punible. Un fundamento que, sin lugar a dudas, el Tribunal no responde de modo convincente y en el que reside, al menos en parte, la gran diferencia con los sistemas del civil law.

Y es que el argumento no solo afecta a la cuestión de la responsabilidad de la persona jurídica por los llamadas actos ultra vires o que van más allá de los poderes concedidos a los órganos de gestión, un riesgo que no es extraordinario ni imprevisible, sino inherente a toda delegación, razón por la cual las

²⁴ Villegas García, María Ángeles. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos. Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi 2016, p. 129.

regulaciones civiles y penales lo endosan a la corporación, bien bajo criterios puramente objetivos o en base a la llamada culpa in eligendo (elegiste mal al delegado) o culpa in vigilando (no vigilaste al delegado).

Con todo, aunque en 1909 la Corte Suprema de los Estados Unidos no podía adelantarse a este debate, se decantó claramente en favor de la responsabilidad penal de las corporaciones por razones prácticas, utilitarias. Por una parte, consideró el uso de la pena como un incentivo para que los directivos de las entidades controlen a sus empleados, hoy esta debida diligencia, el debido control de la cadena de mando empresarial es uno de los fundamentos del corporate compliance. De otro lado, la Suprema Corte consideró que era fundamental evitar la impunidad, un argumento acorde con las teorías retributivas o expiatorias de la pena, la Ley del Talión o la pena como negación de la negación (Hegel), es decir la negación de la injusticia que implica la comisión del delito, esto es la restitución del Derecho. Finalmente, el Tribunal toma en cuenta la expansión, la importancia económica que las empresas, tras la revolución industrial, venían adquiriendo desde la segunda mitad del siglo XIX, que en términos actuales implica ponderar el incremento del riesgo que dicha expansión implicaba para los intereses tutelados por el Derecho penal, al que debía recurrirse inevitablemente como un arma para prevenir el abuso empresarial, lo que denota un sentido de prevención general.

Perú

El filósofo del derecho José Silva Vallejos explica que :“La jurisprudencia nos ofrece un panorama amplio, general, total del derecho, en cuanto aplicación de la ley al hecho, al caso de autos puesto que es la vida misma en su devenir intenso, en su multiforme manifestación cotidiana dentro de aquel espiral del infinito que es la evolución creadora, determina la labor del juez”.²⁵

Debemos partir de una concepción donde la interpretación del juzgador se rige como una actividad dirigida a reconocer y a reconstruir el significado normativo establecer como marco de proposición donde es el quien posee su valoración gnoseológica, pues el ámbito ontológico es provocado por el legislador, así resulta un fenómeno importante la comprensión del juzgador entorno a determinada institución jurídico penal, como expresión de un movimiento dogmático teórico y otro como una necesidad práctica.

²⁵ Silva Vallejo, José Antonio. La Ciencia Del Derecho Procesal. Fecat. 1991. Pág. 803.

Así la labor de la jurisprudencia es la de constructor y extender el dominio interpretativo de las normas jurídicas, entonces las Consecuencias Accesorias que regula el Código Pena, así la Corte Suprema, que en su Acuerdo Plenario N° 7-2009, explica que: ***“Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidadde las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las misma como sanciones penales especiales”.***

Postura que ha buscado no una operatividad conceptual sino buscar salvar y otorgar una gama de derechos y garantías similares al de la persona natural que se le impone una sanción penal, por eso el reconocimiento de sanciones especiales es la búsqueda de un mensaje comunicativo en torno a los operadores que respeten y ajusten sus actuaciones en relación a la persona jurídica.

La fenomenología del artículo 105° del Código penal es descrita como una condición de la sanción penal principal recaída en la persona natural, por ello su sentido y esencia es vicaria esto es nace de un paralelismo imputativo, que exige la sanción penal en una personal natural, cuya trascendencia al interior de la persona jurídica sirvan para sostener el efecto y finalidad de la norma, de esto se puede inferir que en el sistema jurisprudencial peruano, no obra una consideración semejante a las anteriores pero si existe una aplicación de las consecuencias accesorias.

Pese a tener según la postura jurisprudencial antes señaladas de sanciones penales especiales, el modelo de atribución es paralelo o de heterorresponsabilidad, que se caracterizan por la dependencia de un injusto penal principal creado por una persona natural, el cual deber vincular a la persona jurídica para su imposición es decir se desconoce la autonomía de la persona jurídica.

También es importante tomar en cuenta que, mientras que el artículo 104 se refiere a la responsabilidad civil subsidiaria que afrontará la persona jurídica ante las limitaciones económicas de sus funcionarios o dependientes vinculados en la comisión de una infracción penal, el artículo 105 trata, en específico, sobre las sanciones que se aplicarán a tales entes colectivos, ambas se conciben en un modelo paralelo, es decir la comisión de un ilícito penal por parte de una persona natural que yace su actuar en relación o beneficio de la persona jurídica.

Así por ejemplo con respecto al artículo 104 CP., los beneficios obtenidos por la persona jurídica producto de la comisión del hecho ilícito por parte de la persona natural en caso de no solventar la responsabilidad civil, entonces se privara todo ingreso pecuniario o material que haya otorgado una

mejora en la persona jurídica, siempre y cuando se haya efectuado en beneficio o por la persona jurídica, con lo cual el actuar de la persona natural no virtualiza su responsabilidad única, sino que paralelamente lo hará la persona jurídica.

Que conforme explica HURTADO POZO, tienen un carácter de medida estrictamente patrimonial, ***“(…), en razón de que está orientada a reparar los perjuicios producidos por la comisión del delito. Es subsidiaria debido a que se aplicará tan solo si el peculio de los responsables directos (funcionarios o trabajadores) no es suficiente para afrontar la reparación civil de los perjuicios ocasionados. (...)”***²⁶

Por ello tanto el artículo 104 y 105 del Código Penal, adopta la fórmula de atribución paralela, por ello se exige la comisión de un injusto penal por parte de una persona natural y que a su vez el hecho punible se ejerce utilizando su organización para favorecerla o encubrir lo comisión de delito, también llamada empresa fachada.

Ahora bien, el Acuerdo Plenario N°07-2009 emitido por la Corte Suprema indicó cuáles serían los presupuestos de aplicación de la consecuencia accesoria en el fundamento 14 cuando dice lo siguiente: “Del citado artículo es posible señalar que el juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente: A. Que se haya cometido un hecho punible delito. B. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito. C. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

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

Con respecto al delito con el cual se da nacimiento al nexo con la persona jurídica el legislador nacional no ha establecido un catálogo cerrado, por ello se ha dicho que: ***“(…), a diferencia de la regulación española, en el Código Penal peruano no se requiere que la consecuencia accesoria esté prevista en los tipos penales de la parte especial, por lo que el juez penal estará en capacidad***

²⁶ HURTADO POZO, José. Compendio de derecho penal económico. Parte General. Curso Universitario. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015. P. 185.

de imponerlas a la persona jurídica en cualquier delito de la parte especial. Solamente resulta necesario que el hecho punible se vincule a la actividad u organización de la persona jurídica. Si bien el termino hecho punible puede abarcar tanto los delitos como las faltas, el carácter restrictivo de las consecuencias accesorias aconsejarían reservarlos para los hechos graves, es decir, para los hechos delictivos²⁷.

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

Puesto que la realización del hecho principal se expresa en un delito grave en relación a la deficiente organización de la persona jurídica, sin embargo el favorecimiento o el encubrimiento no necesariamente nace como un comportamiento convencional o forma parte de la cultura corporativa de toda persona jurídica sí es que se efectúa por una persona natural aislada, que realiza el acto ilícito penal, sin conocimiento de los terceros, piénsese en los órganos de dirección, gerencia, y estructuras bases de la persona jurídica que se verán perjudicadas, ante esto el legislador deja un vacío inconmensurable que exige garantías y formulas persecutivas de respeto irrestricto de derechos, y ello debió a dos contextos que: “ (...), ***cuando la propia organización de la persona jurídica favorece la realización del hecho punible, debido a una deficiente organización. Tal favorecimiento se puede presentar bien en la actuación de una persona individual en calidad de autor, bien en calidad de partícipe. Por otro lado, el favorecimiento de la organización se puede presentar mediante el encubrimiento de hechos punibles ya cometidos. (...)***²⁸.

Asimismo, para la aplicación de las consecuencias accesorias se exige la emisión de una sentencia condenatoria contra el autor del delito. Ello es ciertamente tan interesante como problemático, pues el Acuerdo Plenario no requiere una mera identificación de un posible autor, sino que va más allá y exige una condena, y así lo explica doctrina peruana que: “ (...), la interpretación del término “ condena” no debe ser literal, la aplicación de la consecuencia accesoria requiere que el imputado haya

²⁷ GARCIA CAVERO, Percy. La persona jurídica en el derecho penal. Ed. Grijley. 2008. P. 91

²⁸ REYES GASTELÚ, Madeleine. Comentarios al Código Penal peruano. Parte General. Tomo III. Ed. Gaceta Jurídica, P. 823

sido encontrado penalmente responsable, siendo esto así, incluso será suficiente que se imponga una reserva del fallo condenatorio o se declare exento de pena del hecho punible²⁹.

Puesto que desde una interpretación taxativa genera —por lo menos— un problema, el cual es la duda de qué pasaría en aquellos casos donde no pudo llegarse a la condena, pero es clara la utilización de la persona jurídica como un medio para delinquir, favorecer o encubrir un delito; lo que, ciertamente, podría conducirnos a un panorama de impunidad, este es la deficiencia cuestionable de la heterorresponsabilidad que imposibilita imponer consecuencias accesorias si no se ha determinado responsabilidad de la persona natural, piénsese en personas jurídicas complejas por su organización o estructura, donde resulta dificultoso que se puede individualizar, identificar o establecer responsabilidad en una persona natural, se generaría una imputabilidad, por ello el legislador consciente de esta problemática reguló en la ley N° 30424 en su artículo 4° que reconoce la responsabilidad autónoma de la persona jurídica.

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

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

Lo indicado, no debe entenderse en el sentido de que el criterio de imputación consistente en la utilización de la persona jurídica en la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito sea menos

²⁹ CARO CORIA, Dino Carlos y REYNA ALFARO, Luis Miguel. Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I. Ed. Gaceta Jurídica. P. 819.

importante; todo lo contrario, es el “criterio de imputación fundamental a partir del cual se individualiza la aplicación de la consecuencia accesoria.

En este contexto, es de precisar que la intervención precedente, concurrente o posterior en el delito de la persona jurídica constituye una exigencia procesal y un objeto de prueba. Por tanto, en el proceso penal debe acreditarse y precisarse el nivel de oportunidad en los cuales la persona jurídica se implicó en la realización del hecho punible.

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

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

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

Otro aspecto para tomar en cuenta es el criterio de proporcionalidad que debe regir de cara a la imposición de una consecuencia accesoria, pues dicha medida no debe ser inidónea ni innecesaria de cara a la finalidad que se busca obtener —evitar la comisión futura de nuevos hechos delictivos—, como tampoco puede ser expresión de un desequilibrio manifiesto o irrazonable entre la medida

impuesta y la finalidad de la norma. El Acuerdo Plenario N°07-2009/CJ-116, en el fundamento jurídico 17, también acoge dicha idea.

Es pertinente destacar que, por su naturaleza sancionadora, las consecuencias accesorias imponen que su aplicación judicial observe, también, con justificada racionalidad, las exigencias generales que derivan del principio de proporcionalidad concreta o de prohibición del exceso.

En tal sentido, el órgano jurisdiccional deberá evaluar en cada caso la necesidad especial de aplicar una consecuencia accesoria en los niveles de equidad cualitativa y cuantitativa que correspondan estrictamente a las circunstancias del suceso sub iudice y según los criterios de determinación anteriormente detallados.

Ello implica, pues, que excepcionalmente, el Juez puede decidir omitir la aplicación de tales sanciones a una persona jurídica cuando lo intrascendente del nivel de intervención e involucramiento del ente colectivo en el hecho punible o en su facilitación o encubrimiento, hagan notoriamente desproporcionada su imposición.

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

Así la autorregulación por parte de las personas jurídicas asumiría una importancia nunca vista en la norma penal. La misma implicaría la adopción de medidas organizativas encaminadas a la prevención de ilícitos penales. En ese sentido, los planes de autoorganización u autorregulación se vuelcan en los llamados programas de cumplimiento, modelos de organización, prevención, o códigos de conducta corporativa entre otras denominaciones.

Que el prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas es un elemento para tomarse en cuenta en todo proceso de determinación judicial de las consecuencias

accesorias. En tales supuestos, el criminal compliance sirve como un atenuante de la media a imponerse si es que se implementó con posterioridad a la comisión del hecho delictivo, en vista de que, precisamente, esa es una de sus principales características.

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

Sin embargo no solo resulta importante desentrañar el Acuerdo Plenario 7-2009, sino que la jurisprudencia penal peruana respecto a la responsabilidad de las personas jurídicas en la imposición de consecuencias accesorias es austera, puesto que se ha tallado en el ideario dogmático del Poder Judicial que establece una posición jurídica, así la Corte Suprema en la Consulta N°3963-96-ANCASH, de 24- 10- 1997-Sala Penal , establece que: “ ***La persona jurídica no posee capacidad de conducta de acuerdo al principio “ societas delinquere non potest”, recayendo en todo caso dicho atributo solo en las personas naturales, no pudiéndose instaurar al proceso penal”***.”

Similar conceptualización se tiene Casación N° 134-2015 Ucayali, de fecha 16 de agosto de 2016, la Sala Penal Peramente de la Corte Suprema de la República, donde se estableció en el considerando Décimo Tercero: “***De lo expuesto se establecen las siguientes situaciones: i) La atribución de responsabilidad penal de la persona natural depende únicamente de su acción lesiva de bienes jurídicos. ii) El Código Penal no regula la responsabilidad penal de la persona jurídica. iii) Cuando algunos de los elementos del tipo penal se presentan en la persona jurídica, la responsabilidad penal de la persona natural solo depende de la aplicación del artículo 27 del Código Penal. iv) Por ello, la responsabilidad que afronte la persona natural, socio o representante de la persona jurídica, no depende de la constitución de la persona jurídica al proceso, este acto no tiene ninguna incidencia, por lo que, la persona natural como imputado en un proceso penal puede plenamente hacer ejercicio de los derechos que le confiere la Constitución Política del Estado y la Ley Procesal, sin ninguna actuación o procedimiento previo.***”

En consecuencia la Corte Suprema con esta jurisprudencia manifiesta su postura en contra de la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, considerando que si la persona jurídica defrauda la vigencia de la norma o coloca en riesgo bienes jurídicos trascendentales, debe transferirse a la responsabilidad del hecho por la calidad de garante que posee a los sujetos reconocidos en el artículo 27° del CP, esto es el actuar en lugar de otro, significando que no puede imputarse responsabilidad penal al ente colectivamente organizado y su actuación depende de la persona natural quien va responder plenamente así el ente colectivo resulte ser el responsable de esta actuación, de esto se presume que esta traslación de responsabilidad, nace con el criterio naturalístico que implica entender que las acciones u omisiones se efectúan dentro de planos de la conciencia y de la voluntad que gravita en el actuar humano, aun cuando la concepción Kelseniana del derecho, en la cual entorno a la persona, ha establecido que: “ (...), **no se ubica en la realidad de la naturaleza, no es un ente concreto, sino tan solo un centro ideal de imputación de normas, un modo especial de designar unitariamente una pluralidad de normas que imputan derechos y obligaciones.**”³⁰

Similar conceptualización encontramos en el Recurso de Nulidad N° 3469-99-Santa/Chimbote-Sala Penal, establece que: “ (...), **si bien la persona jurídica no puede ser sujeto activo de un delito de acuerdo al principio “societas delinquere non potest”, ya que esta calidad solo la puede tener la persona física, también lo es, identificada la persona que actuó como órgano de representación o como socio representante autorizado de una empresa”.**

Se desprende de ambos aportes jurisprudenciales que se consolida la incapacidad de responsabilidad penal de las personas jurídicas, con lo cual el interés del juzgador por interpretar las instituciones como las consecuencias accesorias, o la del artículo 27°³¹ del Código Penal, el de actuar, se establece siempre desde una óptica antropocéntrica, donde solo la persona natural responde ante un delito atribuible a la persona jurídica, pues esta carece de capacidad de acción o de culpa.

Desde la perspectiva de las consecuencias accesorias se tiene el caso “Utopía”, recaído en el Exp. N° 043-05, puesto que producto de su actividad como discoteca se produjo la muerte de muchos

³⁰ FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. La persona en la Doctrina Jurídica Contemporánea. Ed. Universidad de Lima. Pág. 61

³¹ Artículo 27°: El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

recurrentes, entonces el juzgador considero imponer las mayores medidas contra esta persona jurídica finiquitando su existencia, entiendo la peligrosidad objetiva y el daño ocasionado producto de su actividad, resultaban irreparables.

La sentencia de fecha 08 de agosto de 2006, recaída en el Expediente N° 011-2001, emitida por la Segunda Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el desarrollo argumentativo se hace referencia a la Consecuencias Accesorias donde en sus considerandos refiere lo siguiente: “10. 102.3.Cabe indicar que estas llamadas “Consecuencias Accesorias”, son medidas que los jueces pueden adoptar al verificar que el hecho punible, ha sido cometido en el ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, debiendo resaltar que en el caso de la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima - Canal cuatro, ésta ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna, en cuanto a la empresa La Planicie Properties, cabe resaltar que si bien directamente no ha intervenido en el presente proceso penal, habiendo manifestado el propio acusado José Enrique Crousillat López Torres que es el propietario de dicha persona jurídica, por lo cual también correspondería se le apliquen las consecuencias accesorias reguladas en la ley.(...).”

Debe considerarse que esta sentencia, cronológicamente es anterior al Acuerdo Plenario 7-2009, sin embargo la aplicación de las consecuencias accesorias resultan ser adecuadas, en aras de prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la misma y los efectos que se desencadenan de esta actividad toda vez que la empresa Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima, fue instrumentalizada y ya habiéndose determinado la responsabilidad de la personas naturales que ostentaban altos cargos de dirección de la persona jurídica, por lo que carácter accesorio se cumple de aplicar las medidas con una perspectiva asegurativa y prevencionista de la posible comisión de delitos alrededor de la misma.

Desde una postura distinta se encuentran los profesores Carlos Caro y Luis Reyna, quienes no se encuentran conforme refiere que: “En este caso, se aprecia de la lectura del texto íntegro de la sentencia que Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima- Canal cuatro, tenía la condición procesal de tercero civilmente responsable, lo que lleva inferir que su defensa técnica tenía por propósito rebatir dicha condición. El Tribunal Superior, reconociendo implícitamente que podían formularse objeciones en ese contexto, dedica un par de líneas de su escueta fundamentación a sostener que: ***“(…), esta- la persona jurídica Compañía Peruana de Radiodifusión Sociedad Anónima- Canal cuatro- ha intervenido en el presente proceso penal y ha ejercitado su defensa sin restricción alguna”. La***

posición del Tribunal Superior parece, así las cosas, articularse del modo siguiente: Si la persona jurídica ha sido emplazada dentro del proceso penal, no importan los alcances del emplazamiento, se entenderla que sus derechos procesales se han preservado.”³².

El argumento resulta anacrónico, toda vez que en el tiempo de expedición de esta sentencia la aplicación y vigencia del Código Procesal Penal del 2004, era incipiente, por lo que el sentido y esencia de la descripción de la sentencia se encuentra dentro del núcleo concreto de la responsabilidad vicarial que estima el artículo 105° del Código Penal, sin embargo el ámbito procedimental de su determinación no era para aquel entonces desarrollado, sin embargo resulta interesante el análisis de los profesores antes citados, donde se pone en evidencia su intuición intelectual, de desconocer la responsabilidad penal de la persona jurídica, pero el de reconocerle derechos a este ente colectivo, por lo que el abolengo del derecho irrestrictivo de defensa, es utilizado ante un ente que según su concepción no posee determinaciones reales, si bien el artículo 93° del Código Procesal Penal, en su inciso 1° “ **La Persona Jurídica incorporada en el proceso penal en lo concerniente a la defensa de sus derechos e intereses legítimos, goza de todos los derechos y garantías que este Código concede al Imputado**”.

Es decir es la persona jurídica sujeto de derechos procesales, y por qué serlo, que según la postura de responsabilidad del órgano o representante e inimputabilidad de la persona jurídica, si resultaría suficiente concederle este prerrogativa quien respondería penalmente y sobre todo si lo que se impone resulta accesorio a la comisión del delito por parte de la persona natural, sin embargo los derechos y garantías que se reconocen a la persona jurídica dentro del proceso penal, como apunta el profesor Hurtado Pozo, “ *Se trata en tanto resulten compatibles con su índole, de los mismo derechos y garantías atribuidos a una persona natural que tiene la condición de imputada. Por ejemplo, el derecho a la defensa, la posibilidad irrestricta de contradicción procesal y la impugnación de toda resolución que le sea desfavorable. El contexto del reconocimiento de estos derechos y garantías es la presunción de inocencia y el debido proceso. También se prevén criterios aplicables a situaciones que pueden ser calificadas de contumacia, rebeldía de la persona jurídica procesada o falta de apersonamiento*”.³³

³² CARO CORIA, Dino Carlos y REYNA ALFARO, Luis Miguel. Derecho Penal Económico Parte General. Tomo I. Ed. Jurista Editores.2016. Pag.822.

³³ HURTADO POZO, José. Compendio de Derecho Penal Económico. Parte General. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.2015. Pag.187.

De lo dicho por el maestro Hurtado Pozo, podríamos inferir la ruptura fenomenológica de la imposibilidad de reprochar penalmente a la persona jurídica, dado que el significado originario de los derechos que ostenta y sus vínculos de garantías, conciben como identidad de ser y de sentido obligaciones, para que responda como hecho propia al margen de un sistema vicarial, o de un desarrollo de transferencia de responsabilidad del órgano o representante, en concreto volviendo a la sentencia recaída en el expediente N° 011-2001, la aplicación de las consecuencias accesorias resultó idónea conforme a la legislación positiva de aquel momento, si la observación a esta sentencia radica en el derecho defensa de la persona jurídica, el operador judicial, hubiese tenido un panorama mucho más claro si se hubiese individualizado la imputación contra la persona jurídica como ente pasible de reproche penal autónomo, y en consecuencia el espectro de garantías y derechos, estarían posibilitados desde su inicio y no de manera accesoria ante un supuesto de reproche penal a priori de una persona natural.

El otro caso de atención jurisprudencial radica en el Expediente N°99-09, donde la empresa de seguridad informática Business Track, se encontraba relacionada a la realización de interceptaciones telefónicas e informáticas, así se establece en su sentencia de fecha 23 de marzo de 2012, que: “(..). **Resulta improbable que se gesticione la formación de una persona jurídica, solo con fines delictivos en cualquiera de sus modalidades, más bien es frecuente que se constituyan personas jurídicas con fines lícitos que no necesariamente tienen propósitos ilícitos, sino que en su desenvolvimiento adecuan su existencia, para favorecer, facilitar o encubrir actividades ilícitas, (..), razones por las que estimamos que en el presente caso, clamorosamente reclama la persona jurídica Business Track Sociedad Anónima Cerrada, su disolución, decisión que adopta este colegiado en cumplimiento estricto de una interpretación de lo que informan los artículos 104 y 105 del Código Penal**”.

De esta forma la jurisprudencia nacional resulta claro en su posición entorno a la inexistencia de la responsabilidad penal, que sin embargo a fin de evitar impunidad se establecen formas de imposición de sanciones penales contra las personas naturales en caso de la imposibilidad de sancionar a la persona jurídica por la cualidad del delito o se da el caso de imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

CAPITULO III:

LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL CRIMINAL COMPLIANCE

3.1.- QUE ES EL OFICIAL DE CUMPLIMIENTO AL INTERIOR DE LA PERSONA JURÍDICA.

El modelo de prevención de riesgos penales, tal como lo describe la propia Ley N° 30424 y su Reglamento³⁴, se configura como un sistema ordenado de normas, mecanismos y procedimientos de prevención, vigilancia y control, implementados voluntariamente por la compañía, destinados a mitigar razonablemente los riesgos de comisión de delitos y a promover la integridad y transparencia en la gestión de las personas jurídicas. Para cumplir tal finalidad, dicho modelo debe contener como mínimo una matriz de identificación, evaluación y mitigación de riesgos, procedimientos de denuncia, políticas y controles para áreas específicas de riesgo, difusión y capacitaciones del modelo de prevención, la evaluación y monitoreo continuo, así como un Encargado de Prevención³⁵ quién resulta ser la persona u órgano que lleva la batuta pues es el encargado de velar por la aplicación, ejecución, cumplimiento y mejora continua del modelo de prevención. Por razón de su cargo, el Encargado de Prevención debe tener plena autonomía para asegurar el cumplimiento del modelo debiendo contar con recursos propios que permitan el adecuado funcionamiento operativo.

Entonces el oficial de cumplimiento es aquella persona que, designada por algún miembro u órgano de la persona jurídica, a fin de que genere un control de las actividades entorno al programa de cumplimiento normativo, entonces es aquel que lidera cada actividad que se realiza en ejecución del programa de prevención.

Así lo determina la Ley N° 30424 y su Reglamento, se encuentra el tratamiento a las denuncias que pueden realizar los empleados, así como los socios de negocio - si así se autorregula la compañía -, si conocen o advierten la posible comisión de alguno de los delitos que establece la Ley.

Es decir, es el Encargado de Prevención quién administra (directamente o a través de un tercero) el *canal de denuncias internas* que se define como una medida de detección de hechos riesgosos y/o delictivos

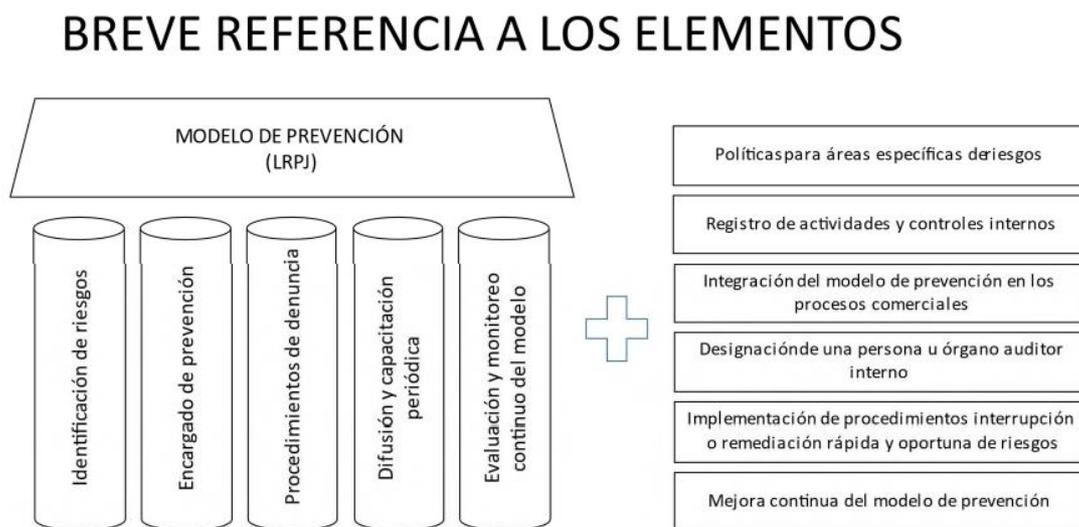
³⁴ Numeral 13 del artículo 5 del Reglamento de la Ley N° 30424.

³⁵ Artículo 35° del Reglamento de la Ley N° 30424.

que posteriormente darán pie a una investigación interna, pues normalmente la identificación de riesgos cometidos por trabajadores de la empresa requiere una labor de investigación.

En ese sentido, es el Encargado de Prevención quién recepciona por naturaleza la denuncia, la revisa preliminarmente e inicia el procedimiento de investigación interna a fin de detectar la comisión del ilícito penal en su interior y poner en conocimiento de ello al órgano de dirección de la empresa a fin de comunicar una posible peligrosidad mayor al interior de la persona jurídica, como lo afirma destacada doctrina nacional, cuando explica que, “(...), **el responsable de cumplimiento no tiene facultades ejecutivas ni asume con carácter general, la obligación de impedir delitos en los ámbitos sometidos a su competencia. Su ausencia es más bien limitada, (...), debe investigar y transmitir la información al órgano superior,(...)**”³⁶

Para efectos gráficos debe tomarse en consideración el siguiente cuadro:



³⁶ CARO CORIA, Dino. La responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad de la persona jurídica. En: Responsabilidad penal de directivos y de empresas. Ed. Gaceta Jurídica. Pág. 175.

3.2.- LA POSICIÓN DE GARANTE Y EL COMPLIANCE.

Sobre las posiciones de garantía o la posición de garante es un concepto que parte que algunas personas tienen el deber de cuidado frente a otras en los supuestos de la fuente de un contrato, un deber legal o la asunción voluntaria. En el compliance dentro del derecho penal empresarial, es importante esclarecer la posición de garante y los deberes de vigilancia, y si esto es sólo de competencia del oficial de cumplimiento.

Que no solo ostenta un carácter de gestor de riesgos sino que posee una regulación entorno a la posición de garante recogido en el artículo 13 inciso 1 del Código Penal, de la cual se establece que del sujeto nazca un deber jurídico destinado a evitar la realización o puesta en peligro de un bien jurídico, cuya vinculación se interrelaciona entorno a la equivalencia normativa entorno a la modalidad específica de la específica exigencia de una conducta que recoge el inciso 2 del artículo 13° del Código Penal, reconocida la figura normativa del deber garante, debe considerarse que al igual que la obligación de garantizar por parte de los sujetos que componen las bases y estructuras de la empresa, también es obligado a garantizar el cumplimiento de las normas jurídicas establecidas como directrices a un tercero designado, llamado oficial de cumplimiento.

Puesto que en el libre ejercicio de la libertad de organizarse creando una empresa, quien la crea también puede crear un riesgo de afectar bienes jurídicos ajenos.

El empresario es entonces el garante originario, quien mediante una delegación de sus obligaciones y se convierte de garante originario en garante residual. En este sentido, se delega competencia a los directivos, al compliance officer, gerente general, etc. surgiendo aquí –en una relación vertical– los deberes de vigilancia del delegante hacia el delegado. El delegante no podrá justificar que está exento de responsabilidad frente a la transferencia del deber de garantía, dado que como garante originario tiene el dominio jerárquico de la organización; claro está, con ciertos matices del principio de confianza.

Los alcances del deber de vigilancia deben entenderse en principio como una relación horizontal entre los socios para los cuales le rige el principio de separación de esferas de competencia (completa neutralidad), y cada socio no tiene la obligación especial de estar pendiente o agenciarse de informaciones sobre los comportamientos de sus pares, salvo que existe una obligación especial normativa o hay un trabajo en conjunto.

Posición que goza de alcance normativo en el Decreto Legislativo N° 1352, reconoce al encargado de la prevención es decir un agente que garantice el cumplimiento del compliance criminal, así el artículo

17.2.1, de la citada norma explica que: ***“un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. (...)”***.

Lo que permite apreciar de este precepto normativo es que el control adoptado en torno a la gestión del modelo puede ser asignado a un órgano unipersonal, esto es el sujeto se obliga a informar de posibles riesgos e incumplimientos del programa de prevención. Por eso se explica que: ***“(...). En caso de un sistema de cumplimiento normativo adoptado voluntariamente por la empresa para evitar la comisión de delitos en perjuicio de terceros, el oficial de cumplimiento será también garante, pero por organización, en la medida que haya asumido la gestión de la información que el directivo necesita conocer para adoptar medidas de prevención o cesación de la comisión de delito en el marco de la actividad empresarial”***.³⁷

Se tendría que precisar frente a qué situaciones específicas nos encontramos para afirmar si hay o no un deber de reciprocidad de tomar conocimiento de los comportamientos (aunque no propiamente un deber de vigilancia) entre los apicales en el marco de deberes de garantes originarios. En el ámbito penal podemos encontrar tres momentos en función al grado de conocimiento: 1. Conocimiento pleno de la comisión del delito, 2. Desconocimiento de la comisión del delito por negligencia grave y 3.- Desconocimiento de la comisión del delito por negligencia leve.

Para las respuestas de cada momento se recurrirá a la teoría de la imputación objetiva, en saber si la conducta tiene una dimensión típica por aumentar o crear un riesgo que se ha manifestado en el resultado; es decir, si la conducta de los socios reúne los elementos decisivos de desaprobación normativa en vista del resultado.

Por ejemplo, en una relación horizontal media, el auditor u otro profesional especializado que está encargado de evitar la comisión del delito de defraudación tributaria, toma conocimiento que un miembro de la empresa cometerá ese delito y no hace nada para impedirlo, se le hará responsable en calidad de cómplice por omisión, ya que esa es la naturaleza de su trabajo y para eso fue contratado. Frente a esta situación surge la interrogante si el oficial de cumplimiento también debería responder, pero la respuesta sería negativa, ya que es un profesional auxiliar al cargo, mas no especializado.

³⁷ GARCIA CAVERO, Percy. La posición de garantía del oficial de cumplimiento. En: Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje a Jesús María Silva Sánchez. Ed. Ideas. 2019. P.977.

Si el socio de una empresa no solo toma conocimiento de delito o infracción a cometerse, sino que también facilita su comisión, por ejemplo, adiciona dinero para el soborno, entonces no puede argumentar el principio de separación de esferas de competencia.

Asimismo, si el mismo socio se entera plenamente que su par cometerá un delito que beneficiará a la empresa y teniendo la posibilidad real y capacidad para evitarlo (comunicar al órgano de control o al oficial de control) y no lo hace, igualmente se le haría responsable. Se considera, desde su posición de garantía originario y si con su omisión aumentó la realización del riesgo no permitido. En estas dos situaciones nos podemos encontrar ante un conocimiento pleno de la comisión del delito.

Ahora bien, de acuerdo a cada normativa interna o las exigencias de la Ley General de Sociedades (Ley N° 26887), por ejemplo, la reunión en cada determinado tiempo para decidir sobre la gestión ordenada de la empresa, ante la noticia de un acontecimiento importante que puede devenir en infracciones o delitos, es decir, en todos los casos donde resulta relevante su conocimiento y participación para evitar la comisión del delito, se le podría hacer responsables a los socios, en la medida que estaba dentro de sus posibilidades evitar la infracción, ante hechos de probabilidad muy alta de la consumación del delito. Pierde sentido el principio de confianza cuando existe conocimiento con alta probabilidad rayana que sus pares no corresponderá a las exigencias de su rol asumido.

En este caso estamos frente a una negligencia grave, y sería meritoria la evaluación de la ignorancia deliberada o dolo eventual. Por último, y haciendo referencia que el conocimiento no genera un deber, sino que el deber debe preexistir, el principio de separación de esferas y el principio de confianza, es que los socios no pueden estar pendiente en todo momento y de todos los actos de sus pares, no están en la obligación de organizarse a fin de enterarse de todos los detalles específicos de los comportamientos de los otros socios.

Si bien es cierto que tienen la posición de garante originario, también es cierto que al asumir en conjunto esa posición de garantía o por el acto de asunción (se integra en la empresa) trae como consecuencia el surgimiento del principio de confianza. Este principio se reforzará con objetivos bien definidos y con claras reglas y división de funciones.

Si no existe ninguna posibilidad fáctica de que un socio pudo tomar conocimiento de que su otro socio cometerá un delito o no existe una norma interna que lo obliga así, o su conocimiento fue una mera especulación sin razón alguna de indicios documentaria o sospecha razonable, no habría motivo que le alcance la imputación. Pues cada socio se rige por sus roles ya asumidos a partir de la preparación de

una situación correcta (creación de la empresa), con la confianza que sus pares también gestionarán la empresa de acuerdo a la legalidad. Teniendo la función el órgano de control que dichos roles se cumplan dentro de las exigencias legales. Aquí estaríamos frente a la negligencia leve.

Estas tres situaciones se pueden presentar entre los apicales de una sociedad, propiamente en el consejo de administración, sin embargo, también existen momentos donde hay un conglomerado empresarial – holding, y las relaciones interempresariales se hacen más complejas.

Si deciden organizarse entre empresas para la búsqueda de objetivos comunes, desde el marco del compliance, el oficial de cumplimiento o los profesionales especializados deben procurar tomar conocimiento de la trayectoria de la empresa, su forma de gestión, tipo de socios, etc. con quien se desea efectuar el negocio conjunto, es decir, realizar una idónea selección.

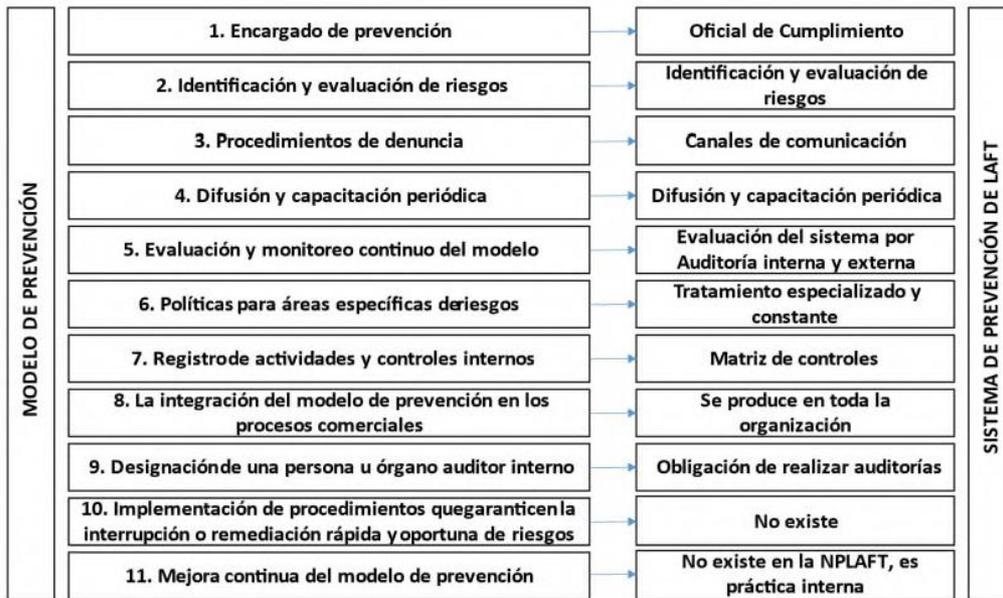
Para garantizarse esa idónea selección y que a partir de ese momento opere el principio de confianza, especialmente en el ámbito financiero, con la finalidad de evitar de bloqueo de capitales o corrupción, se tendrá presente las directrices del Knowyourcustomer (KYC) o el World-Check Risk Intelligence, que implica conocer bien al futuro socio comercial con información precisa y estructurada. Después de este momento tiene operatividad absoluta la separación de esferas de competencia, por lo que no habría razón de exigir al empresario que procure tomar conocimiento de cómo realiza sus actividades sus demás socios comerciales.

Por último, el compliance officer es el delegado de la competencia en vigilar el cumplimiento de la legalidad en la empresa, pero la situación resulta cuestionable cuando no se tiene certeza quién controla al administrador o delegante, ya que éste también puede cometer delitos.

En el consejo u órgano de administración recae el deber de adoptar y ejecutar con eficacia el programa de cumplimiento, para esta labor delega la competencia en el compliance officer como parte del órgano de cumplimiento, y éste en observancia de su deber de garantía derivada debe dar cuenta a dicho órgano o administrador, pero para evitar que éstos también cometan delitos, se tendría que designar un órgano específico para controlar únicamente a los apicales de la empresa, solo así, se podría garantizar medianamente, que existe control sobre los socios o administradores de la empresa.

Por tanto, los apicales de la organización pueden ser controlados con ciertas limitaciones, dentro de los alcances de la reciprocidad del conocimiento a nivel de socios, la delegación de competencia, pero, sobre todo, resultando necesario de la existencia de un órgano de supervisión específico que los controle. También es cierto que un control absoluto es irrealizable, por esa razón, la persona jurídica queda exenta de responsabilidad cuando un directivo fraudulentamente evade los controles del compliance.

Esta posición de garante de observa en el siguiente gráfico:



3.3.- El criminal compliance y el canal de denuncias al interior de la persona jurídica.

Como explicamos el programa de cumplimiento se encuentra destinado a prevenir eventuales infracciones legales en el desarrollo de las actividades de la persona jurídica de esta forma, y para estos efectos, es el oficial de cumplimiento quien efectúa una investigación interna, que doctrina especializada lo define *“como aquella que busca conocer la naturaleza y extensión de conductas incorrectas que acaecen dentro de un colectivo, lo cual puede repercutir positivamente tanto respecto al Estado como a la empresa”*³⁸, lo cual posibilite penetrar en la compleja estructura empresarial y además le ayuda a esclarecer conductas sospechosas, más eficientemente que lo que sería posible mediante la puesta en marcha de todo el aparato burocrático.

Oliver Sahan señala como funciones de las investigaciones internas: “(i) Evitación de responsabilidad, (ii) Esclarecimiento, interrupción y sanción de comportamientos irregulares, (iii) Obtención de información sobre deficiencias en el sistema de control interno de la empresa y (iv) Prevención”.

Por nuestra parte, podemos diremos que el canal de denuncias, son aquellas vías dentro de una organización destinadas a comunicar una conducta presuntamente ilícita y posiblemente nociva para la debida organización de la persona jurídica, que tiene por finalidad la averiguación de la comisión de un delito dentro de la organización o en el marco del desempeño de alguna función encomendada por la organización.

Lo cual permite evidenciar el correcto funcionamiento del modelo de prevención. Para un efecto didáctico, podemos señalar que una investigación interna, a nuestro criterio, debe contener como mínimo, las siguientes fases o pasos:



Entonces se inicia con la admisión de la denuncia, este paso, desde un punto es importante tomar en cuenta que el Encargado de Prevención debe estar en la capacidad de identificar la estructura típica de

³⁸ MONTIEL, JUAN PABLO Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XL (Valparaíso, Chile, 2013, 1er Semestre) p. 254.

todos aquellos ilícitos que el sistema de prevención contemple, de tal manera que pueda advertir en el relato de los hechos denunciados la configuración de uno o más componentes del delito, ello debe ir de la mano con el conocimiento transversal de los riesgos que tiene la empresa, para permitir definir con buen criterio la apertura de una investigación.

Sobre este punto, se debe tener en cuenta que una de las finalidades del Sistema de Prevención es que los miembros de la compañía ejerzan su derecho/deber de denunciar las actividades delictivas de las que tomen conocimiento y que muchas veces no pueden ser evidenciadas, por ejemplo, en el caso que un trabajador presencie la entrega de dinero del personal encargado de una fiscalización laboral.

En ese sentido, desde nuestra perspectiva, consideramos que el criterio del Encargado de Prevención para el inicio de una investigación interna debe ceñirse a la necesaria presentación de una denuncia acompañada de elementos probatorios y ante la ausencia de estos elementos de convicción, deberá generarse una suerte de investigación preventiva a fin de poder recabar sustentos sobre los hechos denunciados.

Este criterio se forma a través de una exhaustiva investigación dentro de una organización en lo que respecta donde se deberá correr traslado al investigado/denunciado de los hechos y los medios de convicción y sobre los mismos el denunciado podrá realizar sus descargos, presentar medios probatorios o solicitar la realización de actos de investigación. A su vez en esta etapa el denunciado incluso podría acogerse a beneficios que pueda diseñar la empresa para beneficiarlo (a nivel interno) en el caso que la información que pueda otorgar sea valiosa para poner en evidencia alguna red u organización dentro de la compañía que se dedique a cometer ilícitos, a fin de lograr una idónea autorregulación, establecimiento un manual procedimental, que debe contener:

1. Documentos donde consten los procedimientos o manual de denuncias y su difusión.
2. Documento que acredite la designación de la persona o área a cargo del canal y del procedimiento de denuncia.
3. Existencia de canales de denuncias operativos y difundidos entre los trabajadores, directivos, socios comerciales y demás partes relacionadas.
4. Documentos donde consten políticas o procedimientos de indagación o verificación internos.
5. Documentos donde consten políticas de protección del denunciante contra represalias.
6. Documentos donde consten políticas de recompensas o incentivos para los denunciantes.
7. Libro de actas del Directorio o documento equivalente del máximo órgano de gobierno de la persona jurídica.

Para evitar que la autorregulación no se convierta una especie de “caja negra”, se sincera la autorregulación dejando a que la propia persona jurídica se autorregule.

El llamado “derecho reflexivo” comprende mecanismos de creación y ejecución de autorregulación en función de la naturaleza de la empresa y el giro de sus actividades.

Las personas jurídicas cuentan con los recursos y conocimientos necesarios para prevenir, corregir, controlar los riesgos de exposición delictiva que la rodean.

Pero la autorregulación no es de cualquier modo: la SMV analiza la implementación y funcionamiento de los modelos de prevención (Octava Disposición Complementaria)

Identificación de Riesgos

D.S. Nº 02 -2019 –Reglamento de la Ley Nº 30424



CAPITULO IV:

PROBLEMAS DE INCORPORACIÓN AL PROCESO PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA

4.1. CÓDIGO PROCESAL PENAL Y LA PERSONA JURÍDICA

Los cambios en el tratamiento a las personas jurídicas es un aspecto que inicialmente fue rechazado en el mundo jurídico de nuestra latitud. El principio limitador que la persona jurídica no puede ser sujeto de derecho penal, sino sólo aplicarle medidas accesorias, tuvo defensores, sin embargo, el pensamiento cambio por el influjo del cambio de las condiciones de la criminalidad. La discusión se trasladó entonces a establecer una auténtica responsabilidad penal de las personas jurídicas, o una sanción penal-administrativa.

Tal como señala la Profesora Zúñiga, *“Alemania puede contribuir no tanto por sus reformas legales, como por su importante línea jurisprudencia. Desde hace bastante tiempo el Tribunal Supremo alemán parte de que en el ámbito económico no son los socios de las empresas, sino las propias empresas las que «actúan», y el Tribunal Constitucional alemán desde hace varias décadas ha declarado en un «obiterdictum», que de la Constitución se entiende, sin ningún obstáculo, la culpabilidad de las personas jurídicas y otras asociaciones de personas construida sobre la imputación de la culpabilidad de las personas naturales”*³⁹.

Todos los ordenamientos y también el peruano se han visto influidos por el modelo angloamericano es decir de una culpabilidad propia de la persona jurídica. Para otros como el Profesor Klaus Tiedemann que defiende una imputación derivada, al lado de una imputación directa fundada en la culpabilidad propia de la empresa. Todos estos cambios necesariamente influyen en la forma de pensar la propia teoría del delito que fue pensada para castigar a las personas naturales.

Entonces cuando la persona jurídica bajo la fórmula vicarial será vinculada al delito que comete la persona natural en el ejercicio de su actividad o utilizando su organización para favorecer o encubrir el

³⁹ Zúñiga Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Segunda edición. Editorial Aranzadi, Navarra- España 2003, p. 15.

delito o beneficiar con este a la persona jurídica, se torna pasible de consecuencias accesorias conforme lo establecido en el artículo 105 del código penal, por lo cual se da una limitación coactiva de las actividades y derechos de la persona jurídica. También existe la posibilidad de los sujetos dependientes u órganos de dirección de la persona jurídica, en ejercicio de su actividad siempre que sea exigible y necesario, puedan cubrir la responsabilidad pecuniaria, a través de la persona jurídica, con la imposición de sanciones pecuniarias, medidas de carácter civil como la privación de beneficios causalmente vinculados al hecho delictivo, así lo establece el artículo 104 del Código penal.

Sin embargo, la imposición de la persona jurídica al proceso penal, no se vincula expresamente a la consideración de sujeto activo del delito o como responsablemente penalmente de un delito, y ello a que conforme las bases del código penal, si bien al interior del ámbito societario se comisionan delitos, la persona jurídica responde no como un sujeto sino como un instrumento para el delito.

Así el ámbito del proceso y su relación con la persona jurídica, se desprende primero como un curso del proceso penal, que es pasible de sanciones administrativas, como también de medidas de coerción conforme el artículo 313 del Código Procesal Penal, es más el criterio de imputación no recae sobre ella, a fin de dotarla de responsabilidad, por ello el legislador no dota de derechos y garantías, sin embargo es la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 07-2009/CJ-116, que en su fundamento 20, establece que: “ (...), **La persona jurídica, entonces, tiene que ser emplazada y comparecer ante la autoridad judicial por su apoderado judicial con absoluta capacidad para ejercer plenamente el conjunto de los derechos que dimanan de las garantías de defensa procesal –derecho de conocimiento de los cargos, de asistencia letrada, de defensa material o autodefensa, de no autoincriminación y al silencio, de prueba, de alegación, y de impugnación- y de tutela jurisdiccional –en especial, derecho a una resolución fundada y congruente basada en el derecho objetivo y derecho a los recursos legalmente previstos**”, en contra de esta afirmación el profesor FEIJO SANCHEZ, explica que: “ (...), **si la persona jurídica no es imputada propiamente dicha, sino una cosa u objeto peligroso sobre cuyo destino debe discutirse para neutralizar esa peligrosidad, no hace falta establecer todo un sistema de garantías procesales, bastando la mera audiencia para imponer consecuencias accesorias**”.⁴⁰

⁴⁰ FEIJO SANCHEZ, Bernardo. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. ¿Un medio eficaz de protección del medio ambiente? Reflexiones sobre la responsabilidad de las agrupaciones y asociaciones de personas. En: Revista Peruana de Ciencias Penales. Lima. N°9. Año V. 286.

Para evitar esta dicotomía el legislador debería establecer un reconocimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, y la posibilidad de iniciar un procedimiento separado al de la persona natural y con matices singulares, siguiendo lo reconocido por el artículo 93° del Código Procesal Penal, que una vez incorporada en el proceso penal, en lo concerniente a la defensa de sus derechos y garantías se le otorga la calidad de imputado, sin embargo la persona jurídica a la luz del código penal lo considera como objeto peligroso siendo incompatible con la conveniencia de considerarla como parte en el proceso penal, puesto que las sanciones tienen naturaleza administrativa y distan de un criterio de culpabilidad para su imposición, su fórmula de tratamiento debería ser renuente a una gama de derechos y garantías, sin embargo un sector considera como un respeto al debido procedimiento el hecho que la persona jurídica pueda sostenerse y afrontar una imputación envuelta en garantías, cuando explica que: ***“(..), al tener las consecuencias accesorias naturaleza sancionatoria, su aplicación, debe ser antecedida por un proceso penal, en la cual estén presentes las debidas garantías y principios propios del proceso, y a su vez, se asegure la presencia de la persona jurídica como sujeto pasivo del mismo”.***⁴¹

El Código procesal penal, en atención al principio acusatorio, y considerarlo como sujeto procesal a la persona jurídica, reconoce asimismo que es el fiscal quien debe formular un requerimiento motivado, para ejercer la incorporación de la persona jurídica al proceso, y esto lo hace antes de la conclusión de la investigación preparatorio, por lo debe estar debidamente identificada, explicando los fundamentos de hecho y derecho que la vinculan con la comisión de un delito, por ello su procedimiento de incorporación se ejerce como el de cualquier persona natural conforme el artículo 8 del Código Procesal, sistematizado con el artículo 91 del mismo cuerpo normativo, donde se rigen las reglas de representación regular de la persona jurídica por su intervención.

De esta forma el auto de incorporación de la persona jurídica, el órgano social de esta designará un apoderado judicial, que no debe encontrarse inmiscuido en la investigación, conforme al artículo 92 del Código Procesal Penal, entonces el apoderado debe ser una persona física que ostenta confianza y resulte conveniente para representar a la persona jurídica en el proceso, sin embargo, apunta autorizada doctrina procesal, que:

Es importante tener en cuenta, aunque no está expresamente legislado, que no corresponde designar como representante en juicio a una persona física que debe declarar en la causa como

⁴¹ NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de derecho procesal penal. Tomo I. Ed. Idemsa. P. 395.

*testigo de cargo, a fin de evitar el fraude que consistiría en que la persona jurídica nombre a esta persona, en cuyo caso su posición sería ambigua, pues, de un lado, como representante no podría declarar contra la persona jurídica -a esta le asiste el derecho al silencio y a la no incriminación- y, de otro lado, como testigo estaría obligada a declarar con la verdad sobre los hechos del proceso, favoreciendo incluso la posición procesal de la parte acusadora*⁴².

Resulta necesario que el órgano de dirección determine objetivamente, que el apoderado judicial sea una persona natural que permita esclarecer el panorama investigativo y en caso de ser convocado como testigo sea estrictamente consciente y responsable de su aporte testimonial, a fin de que no pueda colisionar con los intereses del ente a que representa, y se pueda asumir una idónea defensa eficaz.

Entonces la persona jurídica entorno a la defensa eficaz de sus derechos e intereses legítimos, posee la calidad de imputado al de la persona natural en el proceso, siendo que todo ese espectro de derechos que reconoce el artículo 71 del Código Procesal Penal, con esto se faculta su derecho de defenderse e interactuar en nombre propio al interior del proceso penal, obligándose de igual forma a cumplir una conducta procesal idónea, “(...) **la falta de personación o rebeldía no importa la declaración de contumacia ni la suspensión del juicio: la sentencia condenatoria puede comprenderla (art. 93 NCPP); al ser considerada la persona jurídica como parte procesal no solo se le debe reconocer derechos -los del imputado- sino también obligaciones y si no las cumple se le debe sancionar en estricta consonancia con la legalidad procesal**”⁴³

Ahora el nombramiento de un Administrador judicial podría haberse implementado supletoriamente usando el Código Procesal Civil, sin embargo, la norma procesal penal ha sido renuente de aplicación por el Órgano Jurisdiccional, por lo que resultaría idóneo que el administrador de judicial sea regulado conforme las atribuciones del artículo 794 del Código Civil, por lo cual debería rendir cuentas e informar sobre su gestión al órgano judicial y al órgano de dirección de la persona jurídica.

Ahora esta valoración de reconocimiento de derechos ha sido estipulado también por el máximo intérprete de la constitución que en la Sentencia N° 4972-2006-PA/TC, establece en su fundamento 9 que: **“La persona jurídica tiene o retiene para sí un conjunto de derechos constitucionalmente legítimo el reconocimiento de derechos fundamentales sobre las personas jurídicas, Sin**

⁴² SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal. Lecciones. Ed. INPECCP-CENALES. Pag.248

⁴³ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Ibid, Pag.249

embargo, esto no significa ni debe interpretarse que todos los atributos, facultades y libertades reconocidas sobre la persona naturales sean los mismo que corresponden a la persona jurídica. Sino más bien solo aquellos compatibles con la naturaleza o características de algunos derechos de carácter constitucional, que son compatibles con la persona jurídica, dentro de las cuales se encontraría, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional”.

En efecto, la aplicación de los derechos fundamentales posee un ámbito cualitativamente distinto al de la persona natural, pero que en términos generales deben posibilitar reconocer un proceso penal que asume el respeto irrestricto de garantías que proyecten y exijan la modificación de la legislación penal y se reconozca un auténtico derecho penal de las personas jurídicas y evitar de esta forma recurrir al sistema vicarial, la responsabilidad objetiva, y tener un derecho penal garantista para las personas jurídica.

Por otro lado, se tiene que la ley N° 30424, que establece en su tercera disposición complementaria, que: “La investigación, procesamiento y sanción de las personas jurídicas, de conformidad con lo establecido en la presente Ley, se tramitan en el marco del proceso penal, al amparo de las normas y disposición del Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo 957.”

De este precepto de la norma, se desprende primero que su fórmula ha sido habituada de igual forma al de las consecuencias accesorias que regula los artículo 104 y 105 del código penal peruano, con la diferencia que en este caso la persona jurídica, puede ser investigada solo ella, a mérito de la responsabilidad administrativa autónoma que establece la ley 30424, entonces detectado el defecto de organización o la ausencia de cultura corporativa, darán cumplimiento a la exigencia y fundamentación fáctica y jurídica del requerimiento fiscal de incorporación que se sistematiza en la ley 30424, puesto que la persona jurídica al gozar de garantías tiene el derecho de a conocer los cargos formulados en su contra conforme el artículo 71.2 del código procesal penal y por lo tanto la imputación formuladas en su contra debe contener una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados como punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, siendo este material probatorio el criminal compliance que instauro la persona jurídica en su interior, a diferencia del criterio que rige en las consecuencias accesorias que se miden por el hecho de la peligrosidad objetiva de la persona jurídica que se funda en la necesidad de conjurar su peligro como involucramiento al delito con la persona natural.

4.2. PROBLEMAS PROCESALES PARA SANCIONAR A LA PERSONA JURÍDICA

El debate parte del posicionamiento entorno el ordenamiento jurídico penal peruano, que reconoce el viejo apotegma “ Societas delinquere non potest” , con el cual resulta irrisorio que el código procesal reconozca un espectro de derechos y garantías a las personas jurídicas que no puede ser materia de responsabilidad penal, sino que obra instrumentalizado bajo las fórmulas del artículo 104 y 105 del código penal peruano, y que conforme la ley N° 30424, resulta ser administrativa, donde las exigencias de derechos y garantías se encuentra relativizada, puesto que desde una lectura sistematizada del código procesal penal se detectan aspectos procesales ejercidos para las personas naturales y no entendidas para las personas jurídicas, así se ha dicho que: “ (...) *El primer espacio de indefensión se relaciona con la oportunidad a partir de la cual es posible que la persona jurídica pueda ostentar sus derechos como imputado en el proceso penal. Mientras el imputado persona natural puede ejercer sus derechos procesales fundamentales desde el inicio de las primeras diligencias de investigación*”⁴⁴ .

Argumento vinculado a lo vertido en el artículo 71.1 del Código Procesal Penal, que establece: “*El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la constitución y las leyes le conceden, desde el inicio de las primeras diligencias de investigación hasta la culminación del proceso*”. En cambio, la persona jurídica solo puede ejercer su derecho defensa cuando el estadio procesal se encuentra la investigación preparatoria propiamente dicha lo que deja en indefensión en estadios primarios, donde en las diligencias preliminares su participación es nula, por lo que así lo rige el artículo 91.1 del Código Procesal Penal, establece que: “*El requerimiento del Fiscal se producirá una vez cumplido el trámite estipulado en el artículo 3. La solicitud deberá ser formulada al juez de la Investigación Preparatoria. (...)*”.

Algo preocupante resulta que la persona jurídica sea incluida al proceso penal, antes de la conclusión de la investigación preparatoria y el título de la acción penal utilice el plazo culminante para hacerlo y luego pasar a la etapa intermedia impidiendo a la persona jurídica imputada ejercer una defensa eficaz, por lo que la referencia que ejerce la tercera disposición complementaria de la ley 30424, no resulta del todo sana, sino que puede ser pernicioso, siendo que a diferencia de las fórmulas del artículo 104 y 105

⁴⁴ REYNA ALFARO, Luis Miguel. La defensa penal de la persona jurídica. Ed. Idemsa. 2019. Pág. 186.

de las consecuencias accesorias del código penal, en cuanto a la responsabilidad autónoma no se exige un nexo paralelo entre la persona natural y la persona jurídica, que establece la heteroresponsabilidad.

Otro factor entorno a este espectro de las deficiencias radica en el artículo 82 del Código Procesal Penal que refiere: ***“1. Una vez que la persona jurídica es incorporada al proceso, se requerirá a su órgano social que designe un apoderado judicial. No podrá designarse como tal a la persona natural que se encuentre imputada por los mismos hechos”***.

Lo cual resulta cuestionable puesto que el apoderado judicial puede buscar la autoincriminación a efectos de asumir alguna atenuante que establece la ley N° 30424 en su artículo 12°, puede distar propiamente de las finalidades de la propia persona jurídica que se considera inocente, puesto que ontológicamente resulta imposible que pueda brindar su declaración por sí sola. Así se explica que: ***“(…) En efecto, como en cualquier otra fase de su vida jurídica, será necesaria que represente a la persona jurídica una persona física, con quien debe entenderse las autoridades de persecución penal y los otros sujetos que intervengan en el proceso penal. Se parte de la premisa de que la persona física en sí misma, no es parte del proceso, pues esa condición ostenta la persona jurídica representada, por eso no puede ser objeto de detención, ni prisión preventiva ni cualquier medida de coerción (…)”***⁴⁵

Por ello los presupuestos del código procesal penal al cual nos deriva la ley N° 30424, se encuentran estructurados para una persona jurídica percibida jurídicamente como un instrumento fuente de peligro, en el cual se busca neutralizar y no sancionar como sujeto motivado por un mensaje comunicativo de la norma penal, por ello a pesar de los esfuerzos jurisprudenciales que distan con el carácter teleológico de la norma procesal antes señalada, puesto que el derecho a la defensa y su posibilidad de ejercicio irrestricto para la persona jurídica se torna desfavorable, con esto se puede afirmar que no existe un proceso penal compuesto para la persona jurídica, puesto que conforme se ha referido líneas arriba se socava la libertad de actuar en todo el curso del proceso, ejercer una defensa idónea puesto que depende de la estrategia investigativa del titular de la acción penal, el de concluir la investigación preparatoria ante su inclusión de la persona jurídica, y evitar el ejercicio de su defensa, y la configuración taxativa de estas normas adjetivas han sido diseñadas para las consecuencias accesorias y no para ley N° 30424 y el decreto legislativo N° 1352.

⁴⁵ SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Ob. Cit. P. 248.

Por ello autorizada doctrina procesal peruana, explica que: ***“(…), en las regulaciones procesales penales anteriores y en la legislación latinoamericana comparada se ignoraba esta temática, ya que la problemática de la responsabilidad de la persona jurídica es tema de discusión en el plano del derecho penal material a través de la formula *societas delinquere non potest* (la sociedad o la empresa no puede delinquir), habiéndose dejado de lado la discusión procesal”⁴⁶.***

Además, para complejizar más el tema la atribución de responsabilidad penal, la realidad de las personas jurídicas es muy complejo. Existen las llamadas Mypes, los grupos empresariales, las ONG, o un partido político, aunque todas son personas jurídicas no significa que sean iguales en su organización y sus repercusiones sociales.

Otro tema que se tiene que tomar en cuenta es que un hecho antijurídico cometido por una persona jurídica puede producir diferentes tipos de responsabilidades, civiles administrativas y penales. Las personas jurídicas siempre han tenido la justificación legal de para su castigo. La diferencia es la cuestión de atribuirles culpabilidad. Cuando hacemos mención de ello nos referimos a las garantías o sub-principios: principio de dolo o culpa, principio de responsabilidad personal, principio de atribuibilidad de responsabilidad y principio de responsabilidad por el hecho. De esta manera, se consagro el principio de culpabilidad teniendo como base los subprincipios de responsabilidad y carácter personales de lapena.

Y es que el elemento de la acción penal es la piedra angular de la construcción dogmática donde lo relevante era la conducta de una persona física que estaba guiada por una voluntad y en la culpabilidad como un reproche personal.

Por el lado de las empresas se consagró el modelo societario de la responsabilidad limitada para restringir la responsabilidad y se fue consagrando un modelo concebido para no hacerlos responsables penalmente. La banca también posibilita un sistema de esconder dinero a salvo de los controles por medio de la reserva financiera anónima en las personas de sociedad anónima. El derecho penal clásico no puede enfrentar en forma adecuada a la macro criminalidad porque no estaba concebida en ese mundo económico.

⁴⁶ NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ed. Idemsa. 2015. P. 382.

Es una nueva realidad criminológica. Lo que Sutherland llamo como delitos de cuello blanco. Todo dentro de las sociedades intercomunicadas, «globalizadas».

Es la criminalidad organizada que unida a la criminalidad de empresa han develado con los casos de la constructora Odebrecht toda su capacidad corruptora en el ámbito económico y político. Ya no solo eran las mafias de antaño con sus empresas de fachada sino la infiltración de empresas legales con prestigio en el mercado, para esconder sus beneficios económicos. Creando toda una mafia empresarial, con sus aparatos legales, contables y con apoyo en la política.

Y este escenario político criminal y la urgencia de conjurar el perfil criminógeno de las personas jurídicas, el código procesal penal establece medidas cautelares a través de consecuencias accesorias, reguladas en el artículo 313-A°, que establece: “ En los supuestos previstos en la Ley que regula la responsabilidad administrativa autónoma de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, el juez, a pedido de parte legitimada para ordenar, además de las medidas establecidas en el numeral 1 del artículo 313, las siguientes: a) Prohibición de actividades futuras de la misma clase o naturaleza de aquellas con cuya realización se habría cometido, favorecido o encubierto el delito. b) Suspensión para contratar con el Estado”.

Entonces esta norma procesal está destinada a regular medidas de naturaleza preventiva que se pueden disponer judicialmente contra las personas jurídicas, como la clausura de locales o establecimientos, la suspensión de actividades, el nombramiento de un administrador judicial, la vigilancia judicial o la anotación o inscripción registral de la existencia del procedimiento judicial. Medidas que, planteada por la parte legitimada, fiscal o actor civil, debe ser fundamentada, así como sustentada motivadamente por el juez, por los efectos que puedan generar todas medidas en las entidades jurídicas comprendidas, la falta de operatividad de las empresas, la situación laboral de sus trabajadores, la paralización de las maquinarias de uso continuo, la afectación a la imagen empresarial de la persona judicial.

En efecto debe requerirse que existan suficientes elementos probatorios que relacionan a las personas jurídicas con los supuestos que prevé el artículo 105 del Código Penal, así como la necesidad de poner término a la permanencia o prolongación de los efectos lesivos del delito, peligro concreto de que, a través de la persona jurídica, se perturbara la averiguación de la verdad o se incurrirá en delitos de la misma clase.

Entonces al tener carácter temporal sus finalidades son plurales, en atención a la medida interdicitiva, que se adopte, en consecuencia, dependiendo de las propiedades que el juzgador tenga que asegurar, tales como: “(...). I) una medida alternativa a la prisión preventiva, esto es, como una medida funcionalmente cautelar personal; II) una medida anticipatoria, en tanto que tiene por finalidad adelantar los efectos materiales de la sentencia; o III) una medida de protección de las víctimas del proceso. Como se ve, en esta última modalidad poco importa decretar la medida interdicitiva con el objeto de asegurar la efectividad de la sentencia penal, sino más bien garantizar la integridad del sujeto pasivo del delito”⁴⁷

Estas medidas son aplicables como consecuencia accesoria del delito, tienen un carácter netamente procesal, y lo que se busca con ello es evitar que la persona jurídica, que por alguna razón tiene naturaleza criminógena a fin de evitar la producción de peligros donde se restringe las posibilidades de ejercicio de ciertos derechos y libertades y que no se dirigen a tutelar, exclusiva, ni aun primordial interés pecuniario, sino a evitar la frustración del enjuiciamiento y a impedir que perduren o se incrementen los efectos dañosos de la conducta supuestamente delictiva

Con esto su aplicación está condicionada a la vinculación de la comisión de un hecho ilícito conforme al catálogo de normas que regula la ley N° 30424, por lo que su imposición radica en la urgencia de evitar o concluir el efecto pernicioso de la continuidad de su actividad, y con ello se ejerce un control, lo cual demanda un grado inferior de vinculación entorno al delito de conexión del que podría exigirse en un estadio de imposición de sanciones administrativas.

Es menester de igual forma considerar el tópico entorno a la posibilidad que sea un juez penal quien imponga sanciones administrativas, conforme se ha dicho: ***“(…). El Poder Judicial no es una organización del poder público que ejerza potestades administrativas, por lo que no es posible que los jueces, en su labor jurisdiccional, impongan sanciones administrativas al emitir una sentencia. La sanción que se aplica a las personas jurídicas es de naturaleza judicial. Si se tratase de una sanción administrativa, entonces cualquier empresa sancionada podría discutir la sanción condenatoria por la vía de un contencioso administrativo, (...)”***⁴⁸.

⁴⁷ RIVERA VILLANUEVA, José Luis. Código Procesal Penal Comentado. Tomo II. Ed. Gaceta Jurídica. 2020. P.1031.

⁴⁸ GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Ed. Ideas. 3era edición corregida y actualizada. 2019. P. 901.

Entonces la formulación de los artículos 5° y 6° de la ley 30424, es cuestionable entorno a la naturaleza y competencia del juez que imponga la sanción al comprender que la norma antes señalada regula una responsabilidad estrictamente administrativa, con ello se entiende que el debate dogmático incide directamente en el ámbito procesal de la responsabilidad de la persona jurídica.

Tratamiento del Código Procesal Penal (2004)

Medidas preventivas contra las personas jurídicas (Art. 313º)

La clausura temporal parcial o total, de sus locales o establecimientos.

La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades.

El nombramiento de un Administrador Judicial.

El sometimiento a vigilancia judicial.

Anotación o inscripción registral del procesamiento penal.

CONCLUSIONES

La actividad empresarial ha impulsado una nueva realidad social, el progresivo abandono de las tesis tradicionalistas del derecho penal, en tanto que el ser humano es el epicentro de tratamiento e imputación penal, ha merecido una valoración distinta, propio de un derecho penal de la empresa, adecuado a una sociedad posmoderna, de esta forma la imputación ya no ostenta una noción antropocéntrica, sino ontológico, es decir percibida la persona jurídica como un ente con capacidad de dominio fenomenológico del hecho.

Pues el tratamiento de la persona jurídica con respecto a delitos, supera esa concepción en la cual es la persona natural quien debe responder por un delito, siendo que cualquier miembro de la persona jurídica que comisione un ilícito, responderá, dejando sin responsabilidad al ente beneficiado o que no poseía una eficiente organización, con esto se evitaría trasladar responsabilidad a los eslabones de menor trascendencia, pues no todos tienen los mismos deberes competencia, poder decisión, deber de ejecución, conocimientos técnicos.

De esta forma la problemática que genera la constelación de personas natural que componen las personas jurídicas y sus diferentes posiciones, son resueltas cuando se trata la responsabilidad del propio ente corporativo, por su propia organización empresarial, como sujeto autónomo, puesto que no todo es asunto de todos, pero si cada individuo se sujeta a sus propias disposiciones, de esta forma, las actividades empresariales, forman parte de la propia empresa quien debe conjurar sus deficiencias y es conforme ello que se establece su cultura empresarial.

Pues la libertad de organización, de la persona jurídica como como *subjetum juris* representa un concepto jurídico a base de un hecho real, el ordenamiento jurídico reconoce tal carácter y ello importa considerar que la persona jurídica tiene aptitud para ejercer sus facultades y para estar sometido a los deberes que el derecho determina.

Con ello podemos concluir que la persona jurídica no es una persona material sino una construcción lógica, sin embargo, piensa decide, es propietaria, lucha contra otras personas jurídicas o celebra alianzas para aumentar su poder. El hombre real desaparece detrás de ella porque ya solo cuenta desde perspectiva abstracta del voto, es simplemente una unidad en la toma de decisiones, pero lo decidido se impone en tanto que voluntad de la sociedad sobre todo y cada uno de los miembros de la integran,

que no es más que la expresión de esa libertad de organización que a lo largo del tiempo determina una cultura empresarial de cumplimiento normativo, así se adopta como ente propio medidas correctivas, preventivas o de denuncia a fin de establecer los límites de esta libertad.

Con ello concluimos que deber de garante delimita en el tipo objetivo el ámbito de competencia de una persona jurídica a través de un rol, por lo cual se trata de un deber especial no tipificado expresamente en el Código Penal, pero que impone un deber de evitación de lesión a los bienes jurídicos.

Por eso los programas de cumplimiento establecen ***deberes de aseguramiento***, donde la persona jurídica tiene a su cargo la administración de una fuente de peligro con la responsabilidad que de ella no se deriven lesiones para los demás. Es el deber más general, del cual emanen los deberes ***de protección***, estableciéndose determinadas actividades por parte de sus miembros que tienen el deber de evitar el ingreso de riesgos hacia la empresa. Debiendo estar protegida normativamente para no resultar afectada en su contacto con terceros. P. ej., con contratistas, proveedores, funcionarios públicos, etc.

Con ello se establecen deberes ***de vigilancia, supervisión y control***: destinadas a vigilar que la actividad empresarial no se vuelva lesiva para los demás. El directivo que delega funciones retiene deberes de vigilancia, supervisión y control. Aquí se enlaza el deber de garante con el principio de confianza. Ej.: en el campo minero el gerente general aprueba la política ambiental.

Siendo que el programa de cumplimiento determina ***deberes de salvamento***: los cuales se activan para el portador de un deber de garante cuando de su ámbito de organización ha salido un peligro que puede alcanzar a un tercero y lesionarlo en sus derechos, por eso su deber es de inhibir el peligro creado.

De esta forma se considera los ***deberes de asunción***: el obligado amplía su ámbito de competencia asumiendo voluntariamente una obligación de la que no se puede desentender. Al “asumir” activa una expectativa normativa de protección en la víctima que bloquea la prestación que ella pudo haber recibido de otra parte.

Por ello con el programa de cumplimiento criminal se establece un ***rol que trasciende al individuo facilitando contactos sociales anónimos***: así a la persona jurídica se le identifica en su función y no

por su individualidad (el fuero interno es irrelevante); sólo vale que sea diligente al cumplir su deber de tener una organización propicia, condicionada a las directrices del programa de cumplimiento.

Siguiendo este lineamiento el compliance criminal, **delimita esferas de competencia:** en la diferenciación de expectativas se aclara qué derechos y deberes conciernen al titular del rol: director, gerente general, gerente de construcción, gerente de proyecto, capataz, operario, etc, y la propia persona jurídica.

Por ello concluimos que el criminal compliance, es un sistema normativo de organización adecuada de los deberes de garante al interior de la empresa. La organización consiste en el reparto de los deberes de garante en todos los niveles de la empresa, posibilita un rendimiento propicio del programa de cumplimiento, lo cual genera en caso de la comisión de un delito sin se cuenta con un criminal compliance idóneo de la exención de responsabilidad de la empresa, y en caso de ser aplicado posterior a la comisión de un delito se genera la atenuación de responsabilidad de la empresa, y entre otras consecuencias de índole social son la protección de la reputación de la organización y la protección de los representantes de la empresa.

Entonces el programa de cumplimiento debe plasmarse la correcta delimitación de las esferas de competencia al interior de la empresa, puesto que la existencia de “defectos de organización” abre la puerta de la imputación penal contra el directivo y la empresa misma y debe operar preventivamente, corregir defectos de organización, neutralizar riesgos de exposición delictiva.

A través de la identificación de las zonas de riesgo, el establecimiento de autorregulaciones inducciones, capacitaciones a sus miembros, como la implementación de mecanismos de denuncia interna, investigación, sanción y verificaciones y actualizaciones periódicas

El directivo de una empresa tiene el deber de garante de administrar correctamente los riesgos generados por la actividad empresarial, pues el criminal compliance es autorregulación preventiva de los deberes jurídicos de la empresa y sus directivos a fin de evitar delitos, y son la ley 30424, el decreto legislativo 1352 y su reglamento, quienes establecen esta fórmula jurídica normativa, sin embargo el código penal, no reconoce formula preventiva, sino que manifiesta un carácter coercitivo con el criterio arbitrario de la peligrosidad objetiva, circunstancia que se soluciona a través del programa de cumplimiento criminal, que permite verificar la eficiente organización empresarial y en su defecto

conocer si su conducta no vulnera el riesgo jurídicamente prohibido y que entorno a su decurso de actividad empresarial reposa en una cultura de cumplimiento normativo, todo ello como expresión de un buen ciudadano corporativo, entendido a través de los mecanismos de creación y ejecución de autorregulación de la naturaleza de la empresa determina su libertad organizacional.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BRAMONT ARIAS, Luis Alberto. Derecho Penal (Visión Histórica). Parte General. Ediciones Jurídicas UNIFE. 2004.

CARO CORIA, Dino Carlos y REYNA ALFARO, Luis Miguel. Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I. Ed. Gaceta Jurídica. P. 819.

CASTILLO ALVA, José Luis. Las consecuencias jurídico- económicas del delito. Ed. Idemsa. 2001. P. 274.

GARCIA CAVERO, Percy. Derecho Penal Parte General. Ed. Ideas. 3era edición corregida y actualizada. 2019.

GARCIA CAVERO, Percy. La persona jurídica en el derecho penal. Ed. Grijley. 2008.

GARCIA CAVERO, Percy. La posición de garantía del oficial de cumplimiento. En: Derecho Penal y Persona. Libro Homenaje a Jesús María Silva Sánchez. Ed. Ideas. 2019

GOMEZ- JARA DIEZ, Carlos. Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Ed. Pacifico. 2019. P. .27.

GOMEZ JARA DIEZ, Carlos. Compliance y responsabilidad de las personas jurídicas en el Perú. Directrices para su interpretación. Ed. Instituto Pacifico. 2017.

HURTADO POZO, José. Compendio de derecho penal económico. Parte General. Curso Universitario. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2015.

MEINI MENDEZ, Iván. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú. 1999.

NEYRA FLORES, José Antonio. Tratado de Derecho Procesal Penal. Tomo I. Ed. Idemsa. 2015.

PEÑA CABRERA, Raúl. Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general. Ed. Grijley. 2da edición. 1995.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú. Ed. Gaceta Jurídica. 2000.

RIVERA VILLANUEVA, Jose Luis. Código Procesal Penal Comentado. Tomo II. Ed. Gaceta Jurídica. 2020.

REYES GASTELÚ, Madeleine. Comentarios al Código Penal peruano. Parte General. Tomo III. Ed. Gaceta Jurídica, P. 823.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Implementación de los Compliance programas y sus efectos de exclusión o atenuación de responsabilidad penal de los sujetos obligados. En: Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Ed. Ideas Soluciones S.A.C. 2018. P. 216.

REYNA ALFARO, Luis Miguel. La defensa penal de la persona jurídica. Ed. Idemsa. 2019. Pág. 186.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. Deberes de vigilancia y compliance empresarial. En: Compliance y teoría del Derecho Penal. Ed. Marcial Pons.

SAN MARTIN CASTRO, Cesar. Derecho Procesal Penal Lecciones. Conforme el Código Procesal Penal de 2004. Ed. INPECCP-CENALES. 2015. P. 248.

UGAZ SANCHEZ MORENO, José y UGAZ HEUDEBERT, Francisco. Delitos económicos contra la administración pública y criminalidad organizada. Ed. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Colección lo esencial del derecho 18. 2017. P. 112.

Villegas García, María Ángeles. La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. La experiencia de Estados Unidos. Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi 2016, p. 129.

Zúñiga Rodríguez, Laura. Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas. Segunda edición. Editorial Aranzadi, Navarra- España 2003.