



Facultad de Derecho y
Ciencias Humanas

Trabajo de Suficiencia Profesional:
“La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”

Bachiller

Kiara Fiamma Carpio Ramírez

para optar el Título Profesional de Abogado

Lima – Perú

2018

RESUMEN

Con fecha 21.04.2016 se ha publicado en el Diario Oficial El Peruano la Ley N° 30424 que entrará en vigencia el 01.07.2017 y se trata de la “Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional”.

En la misma línea se publica en el Diario Oficial El Peruano el 07 de enero de 2017 la modificatoria de la ley pre citada, que la constituye el Decreto Legislativo 1352 la misma que amplía sus alcances. Resulta evidente que de la simple lectura del nombre de la norma se desprende que se trata de “responsabilidad administrativa”. Sin embargo, diversos autores han destacado que se trata de la “responsabilidad penal de la persona jurídica”, tanto por el solo hecho de que se coloca la norma en el Código Penal como por su ubicación en dicho cuerpo normativo: Parte Especial, entonces por interpretación sistemática se trataría de la “responsabilidad penal de la persona jurídica”. El problema se presenta a partir de los cuestionamientos que formulan los especialistas a dicha ley por cuanto en el derecho penal se busca sancionar conductas humanas que cumplan ciertos parámetros que precisamente los interpone el derecho penal. Pero nótese que hablamos de conductas humanas, las cuáles pueden ser analizadas desde el punto de vista

psicológico, sociológico o entendidas a partir de, por ejemplo, el grado de conocimiento o cultura que tenga el agente activo del delito. Sin embargo, en el caso de las empresas estamos hablando de entes no físicos, de creaciones jurídicas plausibles de deberes y derechos, pero a quienes será imposible analizar en un espectro psicológico o social, a la voluntad o no que tuvo de cometer un hecho ilícito. De manera que esta norma, que encuentra sus antecedentes en diversas legislaciones extranjeras, tiene como finalidad básica combatir los delitos de corrupción pero involucra en esta tarea al derecho penal y en forma sistemática coloca dicha conducta en el Código Penal y su forma de procesarla también en el derecho procesal penal. Tal situación es sumamente discutida por los expertos en virtud a que la mayor crítica radica en que un ente abstracto como lo es la persona jurídica no puede ser materia de análisis en cuanto a su conducta, ya que la misma obedece a las acciones de sus dirigentes, por lo que a partir de allí se genera la controversia.

En este orden de ideas, no podemos soslayar la posición del autor Günther Jakobs quien refiere “en cuanto a que ser persona significa tener que jugar un rol; por roles sociales han de entenderse como las haces de expectativas, vinculadas en una sociedad dada al comportamiento de los portadores de posiciones”. (Günther, 2007, pág. 52).

Toda persona tiene un rol que cumplir en una convivencia social, en cada situación se cumple un rol, un deber de cuidado y obligaciones.

“Persona, es el sujeto en el sistema social que ha de entenderse como entidades determinadas por normas cuyo comportamiento adquieren un significado. Persona deviene del latín griego - prósopon, máscara o careta con la que se cubría el rostro el actor en el

teatro clásico para representar al personaje. Persona era la máscara, es decir, precisamente no es la expresión de la subjetividad, sino que es representación de una convivencia socialmente comprensible. Toda sociedad comienza con la creación del mundo objetivo, incluso una relación amorosa, si es sociedad, tienen un papel que representar” (Günther, 2007, pág. 50).

De manera que nos hallamos frente a una definición de persona, que en primer término la ubica dentro de un sistema social, no está sola, no actúa aisladamente sino siempre en función al sistema social, por ello sus actos tampoco son aislados. De otro lado se aprecia como elemento principal la afirmación de que toda persona representa un papel en la sociedad, esto nos remite a pensar que no se está hablando de la actividad laboral que desempeña cada quien, sino de los distintos roles que pueden ser permanentes o pasajeros, esto es: cuando camino por la calle asumo el rol de transeúnte, cuando voy en mi auto manejándolo asumo el rol de conductor, cuando desempeño mi labor de vendedor en una bodega tengo el rol de encargado de dicho negocio, etc. También podemos citar en esta larga lista los roles de padres, de contribuyentes, de vecino, etc. Estos roles que asumimos los desempeñamos en el marco de determinadas normas, cada cual específica para el rol que se cumple. Consecuentemente si nuestra conducta como persona humana se encuentra dentro del riesgo permitido, entendemos que estamos hallados dentro del rol y por ello no podemos ser responsables penalmente, ya que estamos dentro de nuestro rol como ciudadano, en el margen de lo estipulado por las reglas y normas de conducta. Frente a este panorama en el que tenemos a la persona como un ente que cumple un rol dentro de la sociedad y en un marco normativo, es preciso analizar si dentro de estas definiciones dogmáticas de culpabilidad penal se podrá penalizar la conducta de las personas jurídicas.

En la tarea previamente señalada, cabe como pregunta obligada que cae por sí sola, si la persona jurídica tiene un rol en la sociedad y en un marco normativo. Pues la respuesta es sí, en efecto, la persona jurídica cumple un rol dentro del sistema social y, además, debe tener una estricta observancia de una serie de normas ya sean estas tributarias, municipales, comerciales, laborales, etc. Sin embargo apreciamos un rol permanente de empresa, en una sola línea, que no admite interacciones cotidianas de la vida diaria a diferencia de la persona humana en sus acciones cotidianas. Pero, reiteramos, sí tiene un rol, lo asume y lo desempeña.

Extraemos entonces la idea de que se puede formular una imputación objetiva contra la persona jurídica. Para esto requerimos sostener que sí se puede, pero también preguntarnos si se puede hacerlo contra todas las personas jurídicas. Esta respuesta nos la da CARLOS GOMEZ -JARA DIEZ cuando se enfrenta a esta pregunta y responde de esta forma: “No; solo aquellas que han desarrollado una complejidad interna suficiente. “

“Así como las personas físicas sin una complejidad interna suficiente no son imputables penalmente (los niños), tampoco las personas jurídicas sin complejidad interna suficiente (sociedades pantalla) son imputables penalmente.” (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 12)

Nos encontramos en una línea de pensamiento en el que deberá verificarse previamente si una empresa ha obtenido en su desarrollo de actividades empresariales una organización que, en su interior, sea capaz de proyectar hacia la sociedad actos comerciales, postulatorios, laborales, tributarios, etc., tales que puedan competir en la dinámica empresarial media o alta; resulta claro que no se está hablando de pequeñas

empresas sin una organización adecuada, en otras palabras, no entran en este catálogo de empresas que no posean gerencias diversificadas, oficinas adecuadas a cada requerimiento de la empresa, etc. Solo podrán ser responsables penalmente aquellas empresas que tengan este grado de organización, puesto que una empresa de esta magnitud no requiere que todos sus gerentes, representantes legales, administradores, socios, etc., se pongan de acuerdo sincronizadamente para cometer un delito, sino que este es un ente que funciona solo, en el que cada área de la empresa sabe lo que debe hacer y coadyuva al otro en una tarea final, pero no es necesario que cada gerencia o área de la empresa esté pendiente de los actos del otro, no, cada quien realiza su labor y finalmente se tiene un “producto”; por ello se puede sostener que una persona jurídica con una complejidad interna suficiente puede ser materia de responsabilidad penal, el estado de la cuestión de este trabajo determina que podría caber una responsabilidad penal a la Persona Jurídica, y que el estado peruano a pesar de haberse basado siempre en el principio “societas delinquere non potest”, ahora con la última norma promulgada la Ley N°30424 y modificado por el Decreto Legislativo N°1352, nos encontramos frente a seguir las tendencias internacionales, ya que como veremos en adelante hay varios países que asumen la responsabilidad penal de las Personas Jurídicas, ahora nosotros fuimos invitado por la Organización del Desarrollo Económico, para ser parte de la lucha contra la corrupción a nivel internacional. Es por ello que vemos que el Perú está siguiendo estos modelos basándose en la actualidad del principio “societas delinquere potest”.

INDICE

| | |
|---|-----------|
| INTRODUCCION..... | 10 |
| CAPITULO 1 | 12 |
| ASPECTOS METODOLÓGICOS | 12 |
| 1.1. Antecedentes y Formulación del Problema | 12 |
| 1.2. Justificación de la investigación..... | 13 |
| 1.3. Objetivos de la Investigación | 13 |
| 1.4. Formulación de la Hipótesis | 14 |
| 1.5. Variables | 14 |
| 1.6. Metodología..... | 15 |
| 1.6.1 Método..... | 16 |
| 1.6.2 Técnica..... | 16 |
| CAPÍTULO 2 | 17 |
| MARCO TEÓRICO..... | 17 |
| ESTADO DE CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS | 17 |
| 2.1. Planteamientos Dogmáticos a favor de las Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas..... | 17 |
| 2.2. Acción Penal..... | 17 |
| 2.3. Acción. Tipicidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Análisis de Cada Categoría y Mención de sus factores Excluyentes. | 19 |
| 2.3.1. Acción..... | 19 |
| 2.3.2. Tipicidad..... | 20 |
| 2.3.3. Antijuridicidad | 20 |
| 2.3.4. Culpabilidad | 21 |
| 2.4. El examen de Culpabilidad de la Persona Jurídica..... | 25 |
| 2.5. Las Teorías volitivas del Dolo | 29 |
| 2.5.1. Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo. | 29 |
| 2.5.2. El elemento volitivo como esencia del dolo..... | 30 |
| 2.6. Clases de Dolo..... | 30 |
| 2.7. ¿Punibilidad de las Personas Jurídicas? Criterios de Identidad de la Persona Natural y de la Persona Jurídica | 32 |
| 2.8. Capacidad de la Persona Jurídica y la Imputabilidad de los Delitos | 34 |

| | | |
|--|--|-----------|
| 2.9. | Teoría de La Representación o modelo de la Imputación | 35 |
| 2.10. | Empresa..... | 37 |
| 2.10.1. | Responsabilidad por el hecho Empresarial..... | 38 |
| 2.10.2. | Elementos del Modelo Constructivista de Autorresponsabilidad Penal Empresarial. | 40 |
| 2.10.3. | La Imputabilidad Empresarial..... | 40 |
| 2.10.4. | La Culpabilidad Empresarial..... | 43 |
| 2.10.5. | Dolo Empresarial..... | 47 |
| 2.11. | El Principio “Societas Delinquere Non Potest” frente a sus Detractores | 48 |
| 2.12. | Oposición al Principio “Societas Delinquere Non Potest” | 53 |
| 2.13. | Responsabilidad Penal – Criminal Compliance..... | 55 |
| CAPITULO 3 | | 57 |
| ANALISIS DE LA LEY N°30424 – LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL | | 57 |
| 3.1. | Norma Originaria – Ley Que Regula La Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional | 57 |
| 3.2. | Normas Internacionales que Regulan la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. | 60 |
| 3.3. | Denominación (Responsabilidad “Administrativa”) | 61 |
| 3.4. | Tipo Penal aplicable | 62 |
| 3.5. | Relaciones entre Responsabilidad de los Administradores y Responsabilidad de la Persona Jurídica..... | 65 |
| 3.6. | Sanciones | 66 |
| 3.7. | Compliance o Compliance Programs | 69 |
| CAPITULO 4 | | 71 |
| ANALISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1352 QUE MODIFICA LA “LEY N°03424 – LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL ” | | 71 |
| 4.1. | Decreto Legislativo N°1352..... | 71 |
| 4.2. | Denominación Responsabilidad “Administrativa” | 73 |
| 4.3. | Tipo Penal Aplicable..... | 77 |
| 4.4. | Relaciones entre Responsabilidad de los Administradores y Responsabilidad de la Persona Jurídica..... | 77 |
| 4.5. | Sanciones | 77 |

| | |
|---|-----------|
| 4.6. Compliance o Compliance Programs | 79 |
| CAPITULO 5 | 81 |
| APORTES Y RECOMENDACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO N°1352 QUE MODIFICA LA “LEY N°30424 – LEY QUE REGULA A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSANACIONAL | 81 |
| 5.1. Aportes que llevaron al Proyecto De La Ley N°30424 | 81 |
| 5.2. Recomendaciones al Proyecto De La Ley N°30424..... | 82 |
| CONCLUSIONES..... | 84 |
| BIBLIOGRAFÍA..... | 86 |

INTRODUCCION

Consideramos conveniente realizar la presente investigación por cuanto el tema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas plantea una serie de cuestionamientos al derecho penal. Pero el problema no solo es dogmático, sino principalmente social; en los últimos tiempos nuestro país se ha visto escandalizado por actos de corrupción que han llegado a las más altas esferas pudiendo apreciarse incluso a Ex Presidentes de la República, en algunos casos con Prisión Preventiva y, en otros, en investigación por Delitos de Corrupción. Ello nos coloca en posición de alerta a fin de desarrollar mecanismos que prevengan o sancionen drásticamente dichos actos ilícitos, ya que no se trata de simples actos de corrupción sino de organizaciones criminales (con fachada legal) absolutamente jerarquizadas, cuyos estamentos se encuentran copados por profesionales formados en prestigiosas universidades cuyo objetivo es ganar licitaciones públicas, logrando corromper los más altos niveles del Estado. Estos hechos como nación no nos

favorecen, por el contrario envilecen al ser humano, grafican un ciudadano procaz, subrepticio, criminal. Porque el ciudadano de a pie puede pensar: “si nuestros gobernantes lo hacen, ¿por qué yo no lo puedo hacer?” Sin mencionar el prototipo del profesional presuntamente exitoso, que goza de diversos bienes patrimoniales que no son coherentes con sus ingresos económicos lícitos, tal como se ha visto en los medios de comunicación. Y en tal sentido continuamos en la línea de pensamiento que ello sigue siendo mensajes a la sociedad, pero mensajes profundamente negativos, que corrompen la formación y el pensamiento de nuestros jóvenes, que finalmente pueden ver a la corrupción como un hecho natural, normal, parte de nuestra vida diaria. Aquí radica lo fundamental de nuestro enfoque: que la sociedad internalice la idea de que la corrupción es nefasta, es altamente dañina para todos, que perdemos dinero y este se va a las arcas de los delincuentes. Pero ello es un trabajo de mediano plazo, la sociedad tiene que ver que los delincuentes se van a prisión, para ello debemos contar con normas jurídicas sólidas, procesalmente posibles y drásticas. En los últimos meses hemos vivido el escándalo “Odebrecht”, en el que funcionarios de dicha transnacional ofrecen declaraciones en las investigaciones señalando a funcionarios del más alto nivel como autores de los actos de corrupción, en consecuencia se producen protestas a nivel nacional tanto en los medios de comunicación como en las calles, esperando la respuesta del Estado, debiendo ser esta respuesta contundente, categórica y con la única arma que tiene la democracia: la ley. Entonces, la ley debe ser idónea, eficaz.

CAPITULO 1

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. Antecedentes y Formulación del Problema

a. Problema Principal

¿Es la institución jurídico penal *responsabilidad penal de la persona jurídica* una aberración jurídica, o más bien es algo vital importancia en la actual y fundamental lucha contra la corrupción y contra el crimen organizado?

b. Problema Secundario

¿Es posible afirmar que una persona jurídica actúa por sí misma, de cara a una responsabilidad penal? Pregunta que incluye un análisis de:

¿En qué consiste el injusto de la persona jurídica?

¿Es posible determinar o identificar los elementos subjetivos del delito cometido por la persona jurídica?

¿Es posible hablar de la culpabilidad de la persona jurídica?

¿Nuestra normativa sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en asuntos penales, tiene un tratamiento adecuado?

Esto incluye estas otras cuestiones:

¿Es adecuado denominar responsabilidad “administrativa” a la que se atribuye a personas jurídicas a propósito de la comisión de un delito?

¿Es correcto dar una tipología o lista de delitos en que se aplique esta clase de responsabilidad?

La opción que toma nuestra normativa sobre cómo se relacionan la responsabilidad penal individual y la responsabilidad penal empresarial, ¿es adecuada a nuestra realidad?

1.2. Justificación de la investigación

Consideramos conveniente realizar la presente investigación por cuanto la norma ya existente en el Perú sobre esta materia, por si misma plantea una serie de cuestionamientos al derecho penal. En consecuencia, la presente investigación nos permitirá obtener luces respecto a la conveniencia de dicha norma, fundamentalmente porque la corrupción es un grave problema que afecta a nuestro país y su economía, siendo entonces beneficioso que tengamos una lucha adecuada contra este flagelo con normas idóneas que ataquen eficazmente el problema.

1.3. Objetivos de la Investigación

a. Objetivo General

- Determinar las mejoras necesarias que deben hacerse en nuestra normativa por responsabilidad penal de las personas jurídicas.

b. Objetivos específicos

- Determinar los principales elementos del estado de la cuestión en la dogmática penal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Analizar las características que tiene la normativa peruana sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.
- Determinar las mejoras necesarias en la normativa peruana sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1.4. Formulación de la Hipótesis

Hay mejoras que hacer en el tratamiento de la responsabilidad penal de personas jurídicas en la normativa peruana al respecto.

1.5. Variables

En cuanto a la definición de delito, tenemos que se habla de una conducta típica, antijurídica, culpable y punible. Tal definición ha sido aceptada a nivel mundial por consenso. De manera que nos encontramos frente a la conceptualización de un accionar que deberá verificarse si lo puede cometer una empresa.

En cuanto a las sanciones que recibirá una empresa, obviamente estas no serán privativas de libertad, sino pecuniarias o de liquidación, por lo en el tema de las sanciones se deberá profundizar en la diferencia que existe frente a las sanciones privativas de libertad.

Diversos tratadistas ha señalado que al sancionar a la empresa como tal, se está matando a la fuente más importante que tienen los países para generar riqueza y, a partir de ello, empleo. Entonces, al liquidar a la empresa se está dejando sin trabajo a una cantidad de trabajadores, asimismo el Estado dejará de percibir tributos de

dicha empresa. Ante tal situación, se plantea la disyuntiva de si es pertinente o adecuado liquidar a la empresa o probablemente sea más razonable buscar una alternativa, siempre en el entendido de que quien realiza con voluntad el delito es la persona humana.

1.6. Metodología

Para la realización del presente texto se ha considerado la perspectiva explicativa a fin de poder entender y conceptualizar definiciones respecto a los extremos dogmáticos del derecho penal, con el objeto de tener claro hacia dónde va dirigida la acción penal pública y sus variables respecto a la forma de tratar los delitos. En suma, una metodología explicativa de la teoría del delito en relación al comportamiento de la persona jurídica.

Se ha recurrido al método analítico para realizar el examen de culpabilidad de la persona jurídica, referenciando las causas que podrían producir una conducta delictuosa de la persona jurídica así como el efecto que tales conductas societarias u organizativas producen a nivel penal. En esta línea de trabajo se ha tenido como materia de análisis los elementos que componen el amplio concepto de culpabilidad. Asimismo, se ha revisado con una metodología explicativa la capacidad de la persona jurídica y la imputabilidad de delitos, con el objeto de tener claro cómo el ente societario puede actuar en la sociedad y qué tanto puede el Estado imputarle responsabilidades. Hemos considerado pertinente otorgarle una análisis explicativo al principio “societas delinquere non potest” a fin de comprender en conceptualización las bases de tal principio, pero del mismo modo lo hemos confrontado con el concepto opuesto a él, es decir, que la sociedad sí puede delinquir, desarrollando tales conceptos desde la perspectiva de diversos autores.

1.6.1 Método

- a. **Método Descriptivo.** Es el método que se utiliza en una investigación ante un marco teórico.
- b. **Método Explicativo.-** El estudio que realizamos en la presente investigación es explicativo, nos centraremos en explicar por qué hay legislaciones que responsabilizan a una Persona Jurídica penalmente, si este es un ente abstracto y no acciona como la Persona humana. Este estudio dara a conocer en que delitos se responsabilizan penalmente a la Persona Jurídica en quien recae la responsabilidad penal, que sanciones se le imponen a una Persona Jurídica.
- c. **Método Comparativo.-** El referente método es utilizado en una investigación, cuando nos encontramos bajo normativa internacional, para una comparación de las legislaciones internacionales con la legislación nacional.
- d. **Método Propositivo.** Se utiliza cuando la investigación, brinda un aporte a la sociedad.

1.6.2 Técnica

- a. **Analítico.-** Se buscara mediante está técnica la asociación o correlación entre las variables “cuál es la causa y el efecto”, al imputar penalmente a una Persona Jurídica, ya que su conducta no cabe tipificar como un delito de acuerdo a la Teoría del Delito. El método analítico implica la descomposición del objeto de estudio, en sus partes constitutivas.

CAPÍTULO 2

MARCO TEÓRICO

ESTADO DE CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

2.1. Planteamientos Dogmáticos a favor de las Responsabilidad penal de las Personas Jurídicas

A fin de comprender sobre qué planteamientos dogmáticos recae la posibilidad de la existencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta pertinente revisar los planteamientos dogmáticos básicos del derecho penal. A continuación revisaremos algunos conceptos primarios que están referidos directamente a la responsabilidad penal.

2.2. Acción Penal

“La acción es un derecho público subjetivo y autónomo que toda persona tiene a recurrir ante la justicia para que la autoridad judicial declare la existencia de un derecho resuelva un recurso o presente auxilio al ejercicio coactivo de aquel

derecho. La acción es también la forma legal de ejercer dicho derecho”. (Mendaña, 2016, pág. 10)

“De la comisión de todo delito cometido por la persona humana y la debida investigación del hecho cometido, su posterior juzgamiento y la imposición de una pena o medidas de seguridad nace la acción penal, aquella que al cometerse un ilícito penal se llevara a conocimiento del Juez cuyo objetivo es poner en funcionamiento la función jurisdiccional para determinar la responsabilidad penal del imputado, y en algunos casos también la responsabilidad civil, por facultad de la persona agraviada o por potestad del fiscal competente”. (Mendaña, 2016, pág. 15)

“Mixán Mass, refiere a la acción penal es una potestad jurídica persecutoria contra la persona natural que infrinja la norma jurídico – penal; por esta potestad el Estado – aunque a veces un acuerdo interestatal confiere al titular del ejercicio de la acción penal hacer instancia ante el órgano jurisdiccional penal competente para que este inicie procedimiento penal contra el denunciado, se descubra la verdad concreta sobre el delito o falta penal que se le imputa y determine la aplicabilidad o no de la ley penal en el caso singular.” (Mendaña, 2016, pág. 23)

Que con referencia a los autores que definen la acción penal, se entiende que es la facultad que tenemos la persona humana que vive en un estado de derecho y en convivencia con las normas que regulan nuestro actuar, que al verse transgredido nuestros derechos podremos actuar en la instancia penal acudiendo a las

autoridades competentes para que se reciba la sanciones que se encuentran estipulados en la normativa jurídico penal.

2.3. Acción. Tipicidad. Antijuridicidad. Culpabilidad. Análisis de Cada Categoría y Mención de sus factores Excluyentes.

Siguiendo la definición de delito que se utiliza a nivel de consenso analizamos los siguientes conceptos, desde sus acepciones más básicas a fin de acoplar a ellas el propósito del presente trabajo.

2.3.1. Acción

“La acción es el comportamiento del sujeto en el delito de comisión. Los problemas a resolver para determinar la acción se pueden conectar con casi todos los problemas de la imputación de un comportamiento como delito”. (Jackobs, 1997, pág. 120).

“La acción sería, pues un proceso causal siempre que pueda atribuirse a una voluntad humana, sea cual sea el contenido de esta, a un movimiento corporal voluntario. La voluntad humana se toma, pues, como hecho, sin consideración a su contenido y por lo mismo sin consideración a su sentido. Para la comprobación de que concurre una acción basta la certeza de que el autor ha actuado activamente o ha permanecido inactivo”. (Jackobs, 1997, pág. 160).

Véase que el autor habla que la acción que es la conducta humana, cual puede configurarse con movimientos voluntarios e involuntarios. El hombre

en base a lo que piensa puede tener una capacidad de prevención hasta cierto punto de las consecuencias de su actuación.

2.3.2. Tipicidad

“Una acción debe ser típica, por ejemplo cuando se sustrae una cosa mueble ajena con el ánimo de apropiársela antijurídicamente, realiza el tipo de hurto. La estricta vinculación a la tipicidad es una consecuencia del principio nullum crimen sine lege. Por consiguiente no es posible derivar acciones de principios jurídicos generales y sin un tipo fijado, como ocurre en algunas consecuencias jurídicas civiles”. (Roxin, 1997, pág. 140)

Refiere el autor que no habrá crimen sin ley, toda acción que se cree que es típica tiene que estar contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, si la ley lo permite no merece la condición de sanción, todo aquello que no permita la ley, la acción debe ser típica y condenable.

2.3.3. Antijuridicidad

“La acción típica ha de ser antijurídica, o sea prohibida. Por regla general lo será ya con la tipicidad, puesto que el legislador solo incorporará una acción a un tipo cuando la misma usualmente deba estar prohibida. Pero ese indicio puede estar contradicho, ya que una conducta típica no es antijurídica si en el caso concreto concurre una causa de justificación. Tales causas proceden de todo el ordenamiento jurídico”. (Roxin, 1997, pág. 195)

El autor aquí refiere que la conducta deba ser prohibida, por ejemplo el hecho de que un padre de familia use medidas correctivas hacia su hijo, y una de ellas es darle una bofetada, se podría decir que estaría incurriendo en un delito de lesiones, pero estas correcciones que aplica el papá podría proporcionar una justificación a su actuar. *“Ante una acción típica y jurídica se habla de “injusto” penal”*. (Roxin, 1997, pág. 405)

2.3.4. Culpabilidad

“Con mucha frecuencia se emplea en derecho procesal penal para indicar que se ha comprobado que el procesado es el autor del delito y que debe, por lo tanto, ser condenado. También se utiliza para señalar que el autor de una infracción es capaz de actuar penalmente y ser sometido a una pena”. (Hurtado Pozo J. , 2005, pág. 597).

Es reprochable penalmente si la acción típica y antijurídica ha de ser culpable, y que esta conducta se le responsabilice al autor penalmente.

“La noción de responsabilidad es por lo tanto de índole normativa. Constituye una valoración del hecho típico y antijurídico que permite determinar si se debe penar al autor culpable en la perspectiva de los fines de prevención del derecho penal. La responsabilidad supone, en consecuencia, la culpabilidad y la necesidad preventiva de pena”. (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición, 2005, pág. 598).

“Esta concepción permite reforzar la protección de las personas frente a la intervención punitiva del Estado: por un lado, la culpabilidad sigue siendo fundamento y límite máximo de la pena; y por otro lado esta no puede ser agravada por simples razones de prevención general o especial. La necesidad de prevención exige que el autor culpable sólo pueda ser sancionado en caso de ser por prevención indispensable.” (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición, 2005, pág. 598).

Véase que el autor, conserva la idea de culpabilidad como criterio esencial mientras que la pena persista, bajo el principio *“no hay pena sin culpabilidad”*.

Capacidad de Culpabilidad:

Imputabilidad: La imputabilidad en un concepto básico sería la capacidad psíquica que tiene la persona humana de tener conocimiento que su conducta puede transgredir el ordenamiento jurídico y que esta sea antijurídica, pero no toda persona humana está inmersa en la imputabilidad, existe causas de inimputabilidad, son aquellas personas que cometieron una conducta típica y antijurídica pero no están exentas de responsabilidad penal, por encontrarse con una enfermedad mental, grave insuficiente de la inteligencia, grave perturbación de la conciencia y ser menor de 16 años y demás causales que se encuentran tipificados en nuestro código penal.

Formas de la culpa: Se pueden considerar los siguientes aspectos:

Delitos Culposos

“Los delitos y faltas pueden estar constituidos por acciones u omisiones tanto dolosas como culposas. De esta manera se considera las formas tradicionales de infracciones penales; por un lado, las cometidas mediante la ejecución o la omisión de una acción y, por otro, desde una perspectiva subjetiva las realizadas con dolo o culpa.” (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición, 2005, pág. 709).

“Las penas previstas para los delitos culposos son menos graves que las estatuidas para los agentes de delitos dolosos. Las razones es que se estima innecesaria la protección de todos los bienes jurídicos contra los perjuicios causados mediante comportamientos culposos”. (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición, 2005, pág. 710).

En los delitos culposos, que se encuentran tipificados en la normativa penal, no todos estos pueden ser sancionados penalmente, porque carece uno de los elementos esenciales para que se configure en delito, este elemento es la intencionalidad, por ello su acción no es como en la acción dolosa. En estos delitos se pueden indemnizar por daños y perjuicios mediante la Reparación Civil. El autor menciona que la clasificación la protección de los bienes jurídicos, porque sería innecesaria proteger todos los bienes jurídicos en acciones culposas.

“La segunda razón es que se le considera menos grave y que en consecuencia, hay que tratarlos de manera desigual. Difieren tanto en la

intensidad de la ilicitud como de la culpabilidad. Esto implica, la exclusión del carácter ilícito de la acción culposa sea admitida con mayor facilidad que en caso de acción dolosa y que la pena sea menos severa". (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición, 2005, pág. 710).

Es de verse que el autor señala que los delitos culposos no tienen penas tan severas como los delitos dolosos, la simple razón es que el dolo es con la intencionalidad de cometer el ilícito a diferencias de los delitos culposos que no hay la intencionalidad que se requiere para la configuración del dolo, por ejemplo delito por homicidio culposo. En estos casos, se trata de conductas, que no están inmersos en los delitos dolosos. Se podría decir que estas conductas no podrían realizarla las empresas, ya que ellos están conformados por un ente colectivo y que actúan mediante la constitución de la Persona Jurídica.

Delitos Dolosos

“El dolo dirigido a la realización de un tipo (el dolo típico) pertenece en sí mismo al tipo como parte subjetiva de este, la cuestión que hay que entender en concreto por “dolo”, cuya afirmación o negación decide la mayoría de las veces sobre la punibilidad y en todo caso sobre su magnitud”. (Roxin, 1997, pág. 415)

Nótese que autor nos habla, para la existencia de la configuración de un delito, tiene que hallarse indispensablemente “la conciencia y voluntad”, una

persona natural actúa con una intencionalidad, planificación, sobre lo que está perpetrando y busca un fin que es cumplir su cometido (delito).

Se distingue tres formas distintas de dolo:

“La intención o propósito (dolus directus de primer grado), el dolo directo (dolus directus de segundo grado) y el dolo eventual (dolus eventuales). Las mismas se contraponen a las dos formas de la imprudencia, la consciente y la inconsciente. Resumiendo en forma de lemas: Bajo el concepto de intención o propósito cae lo que el sujeto persigue; por el dolo directo (segundo grado), son abarcadas todas las consecuencias, aunque no las persigue, el sujeto prevé que se producirán con seguridad; y con dolo eventual actuó quien no persigue un resultado y tampoco lo prevé es posible que se produzca, pero para el caso de su producción lo asume en su voluntad.” (Roxin, 1997, pág. 425)

El autor refiere que existen tres formas de dolo, sin embargo solo se castiga aquellas acciones que tienen una determinada intención de realizar su actuación premeditada. De otro lado el autor manifiesta el dolo eventual queda excluido, ya que en este tipo de dolo no existe la intención de querer hacer alguna acción reprochable penalmente.

2.4. El examen de Culpabilidad de la Persona Jurídica

Resulta evidente que la civilización avanza a pasos agigantados. Cuando apreciamos a los jóvenes, sobre todo pero no solo ellos, encontrarse permanentemente pegados a sus computadoras personales, ingresando a un mundo

infinito de informaciones, tutoriales, consejos, opiniones, etc. Nos damos cuenta que estamos frente a una etapa nueva que exige, que nos adaptemos a ella, que veamos la realidad y la asimilemos, y que no vivamos de espaldas a ella; de aquí se puede apreciar que el desenvolvimiento de los grupos humanos ya no exige la presencia física de todos sus integrantes para su existencia, sino que bastará una idea u objetivo que quede entendido por el colectivo para que cada cual haga su papel (cumpla su "rol") de manera que finalmente la suma de todos estos esfuerzos significará el fiel cumplimiento del fin debidamente planificado, pero tal cumplimiento del objetivo se atribuirá al colectivo, no a alguno de sus integrantes.

En esa misma línea se halla el derecho penal, que debe también adaptarse a las nuevas épocas en que las empresas funcionan no por el accionar de alguno de los directivos sino por el cumplimiento conjunto de las metas, lo cual involucra a todos o a parte de sus trabajadores, en la misión de lograr sus metas. Sumado a ello, se tiene el accionar delictivo que no se ha quedado atrás en cuanto al avance de sus métodos, dado que el delincuente "de cuello y corbata" busca la forma de eludir su responsabilidad frente a la ley precisamente porque en muchos de los casos se trata de individuos con formación profesional, lo cual les permite ser organizados en su accionar, conformando así las organizaciones criminales que se disfrazan de personas jurídicas que actúan conforme a ley. Si en un mercado económico se presentan agentes que cuyo actuar puede generar sucesos de algún tipo penal, se tiene que recurrir de manera indispensable al derecho penal, ya que no bastaría una sanción suficiente con una sanción del derecho administrativo, el cual resulta insuficiente por obedecer a criterios de oportunidad y utilidad para los intereses de la administración pública. Por la preeminencia reconocida a las calidades personales del individuo, en especial a su libertad y voluntad, se ha sostenido desde hace

mucho que solo la persona natural es sujeto de derecho penal, sujeto activo del delito.

En consecuencia se niega este rol a las personas jurídicas (sociedades anónimas, fundaciones, cooperativas, etc.). Esto se pone de manifiesto en la afirmación constante del principio de culpabilidad, previsto en el art. VII utilizando el término de responsabilidad. Esta supone, por ejemplo como lo dice el autor:

“La capacidad de culpabilidad (capacidad de comprender el carácter delictuoso del comportamiento y de determinarse según esta apreciación), la misma que es negada a los entes colectivos.” (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal - Parte General, Tomo I, 2004, pág. 657).

Además, se les niega la posibilidad de aplicárseles las penas o medidas de seguridad previstas en el código. En esta perspectiva, se puede admitir como razonable que un ente abstracto esto es una persona jurídica, sociedad anónima no puede recaer en una realidad de una persona física. Asimismo no se puede concebir la idea de que una persona jurídica pueda purgar pena en una prisión. Sin embargo, cabe preguntarse cómo es que, por ejemplo, en las legislaciones de Inglaterra, E.E.U.U. y Holanda, desde hace tiempo, se consideran a las empresas penalmente responsables. Salvo que se estime que estas regulaciones legislativas son irracionales. Desde hace algunas décadas, la tendencia es más bien favorable a la tesis que atribuye responsabilidad penal a las personas jurídicas. En este sentido han sido modificadas, por ejemplo, las legislaciones de Francia, Suiza y España.

En el Perú el avance de los delitos de corrupción y el repudio de la sociedad hacia tales conductas obliga al Estado a tomar acciones eficaces en la lucha contra este flagelo, esfuerzos que se traducen en estipulaciones normativas como la comentada Ley N° 30424. Dentro de estos ejemplos extranjeros se tiene a Alemania donde se ha establecido sancionar penalmente a las personas jurídicas.

“Alemania fundamenta tal decisión en la premisa de que las personas jurídicas actúan como personas físicas a través de sus órganos administrativos y que el juicio de culpabilidad recae de inmediato sobre ellas, mediante una “imputación simple”. También se ha propuesto considerar que las personas jurídicas colectivas tengan una culpabilidad propia en razón de su organización (eigenes Organization Verschulden)”. (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal - Parte General, Tomo I, 2004, pág. 650).

“No está de más recordar que, con base en la Teoría de Gierke sobre la personalidad real de la persona jurídica, se propugnó la responsabilidad penal de éstas afirmando que “quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios” y que “el derecho dice quién es la referencia final de la imputación de una conducta y a quien debe hacerse responsable de una conducta contraria a las normas”. (Hurtado Pozo, Manual del Derecho Penal - Parte General, Tomo I, 2004, pág. 658).

La conducta societaria resulta entonces clave para ser examinada frente al elemento subjetivo correspondiente al Dolo, en los siguientes términos.

2.5. Las Teorías volitivas del Dolo

2.5.1. Elemento intelectual o cognoscitivo del dolo.

“Para actuar dolosamente, el sujeto debe saber qué es lo que hace y conocer los elementos que conforman el hecho típico (p. ej., en el caso del homicidio doloso debe saber que mata a otra persona; en el hurto, que sustrae cosas ajenas sin el consentimiento de su dueño, etc.). Ese conocimiento constituye un requisito previo a la voluntad (no puede querer hacer algo si no se sabe primero qué se va a hacer)”. (Arana Pariona, 2015, pág. 50)

“Pero no es necesario que el sujeto antes de actuar realice una reflexión sobre su futura acción, basta con que reconozca que en la situación concurren los elementos objetivos descritos en el tipo. Por otro lado, no es imprescindible que el sujeto tenga un conocimiento exacto de cada uno de los elementos típicos, sino que es suficiente con que posea un conocimiento aproximado de la significación social o jurídica de los elementos del tipo (valoración paralela en la esfera del profano)”. (Arana Pariona, 2015, pág. 75)

Para imputar a un sujeto un delito, este tiene que tener algo de conocimiento, respecto a la acción delictuosa que ha incurrido y que está acción se encuentra reprochada penalmente, por lo que al comprobarse lo explicado según orden de prelación, entraremos al tema del dolo volitivo. Ponemos el ejemplo el delito de hurto, el agente delictivo, no tiene la necesidad de conocer el concepto de “cosa mueble ajena”; para saber que

se está cometiendo el delito, basta que el autor delictivo sea consciente de que hay una sustracción del bien (“quitando”) un objeto a su dueño.

“Si el sujeto realiza el hecho valorando erróneamente alguno de los elementos típicos, habrá error de tipo, cuyos efectos se analizan más adelante”. (Arana Pariona, 2015, pág. 85).

2.5.2. El elemento volitivo como esencia del dolo

“La concepción volitiva del dolo, este se define con conocimiento y voluntad de realización de los elementos del tipo. La voluntad de realización del tipo penal (el querer o no querer), se considera el elemento psicológico auténticamente distintivo del dolo frente a la imprudencia. Según esta concepción tradicional actúa dolosamente el que sabe que está realizando los elementos de un tipo penal y quiere hacerlo”. (Arana Pariona, 2015, pág. 125).

El dolo es un elemento importante del tipo penal, el que ha incurrido en un hecho transgresor a las normativa penal, con la voluntad, intencionalidad y conciencia del querer realizarlo.

2.6. Clases de Dolo

“En función de mayor o menor intensidad con que se presenten sus elementos constitutivos, pueden identificarse tres clases diferentes de dolo: dolo directo o de primer grado, dolo indirecto o de segundo grado y dolo eventual. El intervalo de pena establecido en el correspondiente tipo de injusto se aplica igualmente a las

tres formas de dolo, de modo que, en realidad, la distinción tiene relevancia sobre todo a la hora de marcar la frontera entre el tipo doloso y el imprudente: donde acaba el dolo eventual, comienza la imprudencia consciente”. (Arana Pariona, 2015, pág. 130)

Hemos señalado los elementos del dolo y sus clases, de manera que nos encontramos listos para enfrentar uno de los planteamientos principales del presente trabajo. ¿Podemos, entonces, atribuir conocimiento o voluntad a la persona jurídica para la comisión de un delito de corrupción? Tal como se ha señalado líneas atrás, la empresa que reúna la condición de haber desarrollado una complejidad interna suficiente puede pensarse como un colectivo que tiene conocimiento y voluntad de realizar determinado hecho o acción a fin de favorecerse, por ejemplo, una licitación. En consecuencia hablamos de un colectivo de sujetos (la persona jurídica) que desarrolla sus actividades como un engranaje, cada quien en su área y que tienen una política de trabajo que los lleva a un objetivo común, entonces cada acción suma al objetivo y es finalmente la empresa la que se ve beneficiada por todas estas acciones. El resultado de este conjunto de acciones es precisamente el delito, un resultado previsto, pensado, conocido, buscado en su finalidad. En este análisis resulta imposible poder sostener una conclusión sobre que la empresa tiene un cerebro propio, individual que tiene este conocimiento y voluntad, sin embargo sí podemos sostener que existen varios cerebros con el conocimiento y la voluntad para cometer este delito, el mismo que finalmente se concentra en la empresa y se tiene a ésta como principal beneficiaria del ilícito.

2.7. **¿Punibilidad de las Personas Jurídicas? Criterios de Identidad de la Persona Natural y de la Persona Jurídica**

“El autor nos dice que si ponemos el caso de que el resultado alcanzado fuera falso, y que la culpabilidad penal del órgano, en verdad puede atribuirle a la persona jurídica como culpa propia ¿Cuáles serían las consecuencias? (Cavero García, 2002, pág. 40)”

“Los criterios para que haya culpabilidad debe haber una falta imputable de la fidelidad a la norma. El autor no alcanza de acuerdo con una medida objetiva la medida de fidelidad de la norma que es exigible. Para tener responsabilidad tiene que haber una conciencia que se representa en el plano de la comunicación como capaz de aprehender el significado de la norma y hacer de la norma parte de uno mismo, o por el contrario, errarla de forma imputable”. (Cavero García, 2002, pág. 45)

La Persona Jurídica, está compuesta por un colectivo humano, que son lo que pueden cometer los delitos enmascarados bajo su Empresa, estos pueden ser imputables penalmente, por haber transgredido la norma, en una medida exigible, asimismo para que exista una responsabilidad tiene que tener conciencia del significado de la norma, o transgredirla de manera imputable.

“Únicamente a una persona a quien se le adscribe una conciencia propia competente en el plano comunicativo, puede comportarse de forma culpable; de acuerdo con un

*entendimiento moderno pero no inmutable, no así a un niño menos a un anima*¹.
(Cavero García, 2002, págs. 83, 84, 85)”.

“La identidad de la Persona Jurídica, a diferencia de la persona natural, no se determina a partir de la conciencia sino a partir de la unidad de su constitución. Permanece invariable incluso cuando cambian los órganos: tratándose de personas jurídicas, sería de pura suerte que si un órgano que delinque es aún un órgano al momento de la sentencia; cuanto más célebre sea el caso objeto del procedimiento penal más excepcional será que se dé ese caso”. (Cavero García, 2002, pág. 87).

A diferencia de la Persona Natural, la Persona Jurídica, no tiene pensamiento, interiorización, solo maneja una constitución por sus integrantes que son personas naturales, pero la Persona Jurídica tiene voluntad por ello es que pueden realizar un acto jurídico, un contrato por ejemplo.

“La Persona Jurídica con la independencia de la conciencia de sus órganos, puede ostentar culpabilidad propia. La mirada no se dirige a la voluntad mediata del órgano sino ya a la “voluntad común” en ese sentido GIERKE. La Persona Jurídica podría elaborar una constitución interna criminógena, como por ejemplo sería el caso de que se establece como regla interna, que corrompe a todos los empleados, sería para la persona jurídica su propio déficit de confianza en la norma, su propia culpabilidad”. (Cavero García, 2002, pág. 55)

¹ Cfr. Cavero García 2002: 83, 84, 85

“Sin embargo en este contexto se estaría entendiendo por culpabilidad algo distinto a lo que se entiende bajo el concepto de culpabilidad de una persona autoconsciente y comunicativamente competente. La Persona Jurídica en esta medida puede llevar a cabo una vida propia dado que elabora una constitución interna de acuerdo a reglas”². (Cavero García, 2002, págs. 87, 88).

El autor señala que de acuerdo anteriormente dicho, la denominación que se da la “culpabilidad” de la persona jurídica, se puede entender que es contradictoria, ya que según doctrina la culpabilidad presupone que exista una identidad de la persona, con una conciencia, en el caso de la Persona Jurídica, esta identidad se determina a través de su matriz que es su constitución.

2.8. Capacidad de la Persona Jurídica y la Imputabilidad de los Delitos

“La persona jurídica, en tanto sujeto de derecho, posee la denominada capacidad de goce. Autorizada doctrina distingue, dentro de la misma una capacidad general, como el sistema germánico, frente a la capacidad limitada a la finalidad establecida estatutariamente, como en el sistema angloamericano”. (Espinoza, 2011, pág. 89)

“En este último sistema son nulos los actos ultra vires, vale decir aquellos que exceden lo dispuesto en el estatuto. El primer sistema corresponde a un capitalismo avanzado, en el cual el tercero contratante de buena fe, no asume el riesgo del tráfico de la persona jurídica en el mercado. Es esta la posición que asumido la Ley General de Sociedades en su art.12 , en la cual se privilegia la seguridad del tráfico, al considerar como eficaces los actos

² Cfr. Cavero García 2002: 87, 88

que los representantes realizan, incluso, excediendo el objeto social (se entiende dentro de sus funciones).” (Espinoza, 2011, pág. 101).

La Persona Jurídica, tiene una capacidad de ejercicio al igual que la Persona natural, en la situación de una Persona Jurídica, estas actúan mediante sus órganos, no cabría el sentido en que se pueda decir que estas actúan en la sustitución de uno por el otro, sino que es una representación. El autor GIERKE señala que es una teoría de voluntad y que la acción de la primera es la acción de la segunda, por ello la Persona Jurídica tiene su actuación a través de personas que conforman su constitución y organización.

“Las Personas Jurídicas se diferenciarían entonces de la situación que le corresponderían a los menores y a los interdictos, ya que estos dos últimos no pueden administrar sus intereses por sus condiciones, el ordenamiento jurídico estructura la representación legal con el objeto de su tutela y protección. La posición de SAVIGNY, refiere que la Persona Jurídica es incapaz de ejercicio y los derechos y obligaciones que le correspondan tendrán que ser actuado a través de sus representantes”. (Espinoza, 2011, pág. 215).

2.9. Teoría de La Representación o modelo de la Imputación

“Se puede comparar la problemática que presenta esta cuestión con otra materialmente similares como la del representante de un menor que actúa en nombre de éste y realiza un delito en provecho de dicho menor que actúa en nombre de este y realiza un delito en provecho de dicho menor”. (Cavero García, 2002, pág. 103)

Podemos ver en este caso que el menor que cometió un hecho culpable, realizado por el representante, se puede contrastar con una Persona Jurídica, respecto a los que actúan en su representación. Esto quiere decir que no se podría imputar al menor el hecho ya que lo cometió su representante al igual que una Persona Jurídica, los delitos los cometen sus representantes.

El autor cavero nos dice que “esta teoría disocia la autoría de la infracción de la responsabilidad por las consecuencias de la infracción”. (Cavero García, 2002, pág. 120)

“La Teoría de la Representación reconoce la incapacidad de culpabilidad de los entes colectivos y, por ello, le imputa una culpabilidad ajena mediante una clara infracción del principio de culpabilidad. Pero se trata de una solución insatisfactoria ya que las capacidades altamente personales o la culpabilidad no se pueden transferir ni representar .La realidad de las empresas dice que a diferencia de lo que sucede con las personas físicas mayores de edad, no son materialmente ente – auto administrados sino hetero – administrados”. (Cavero García, 2002, pág. 125)

Con ello refiere el autor los que deberían responder penalmente es el que ostenta la competencia de la administración (los que realicen funciones delegadas), que en este caso correspondería a la persona física. Podemos apreciar que el autor afirma que la Persona Jurídica, incurre en responsabilidad penal, a diferencia de los autores que su teoría se encuentra inmersa en el principio de *“societas delinquere non potest”*, que las personas jurídicas no delinquen, ellos mantienen una teoría en la

cual la persona natural que conforma este ente colectivo, comete el delito para su peculio.

“Se debe tener presente que el derecho penal es un sistema sancionador más apegado a la realidad y menos formalistas que otros sectores jurídicos donde esta afirmación podría ser más discutible. En el derecho privado o administrativo solo se puede discutir que la mente o el cuerpo del representante son la mente o el cuerpo del representado (teoría de la imputación”³. (Cavero García, 2002, págs. 220, 221, 222, 223).

2.10. Empresa

“El tribunal de Justicia de la Unión Europea define a la empresa como un conjunto unitario de factores personales materiales e inmateriales, que se atribuye a un sujeto jurídico autónomo, con los cuales persigue a lo largo del tiempo una finalidad económica”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 52)

Este concepto de empresa se muestra demasiado estático y la Comisión Europeo lo ha sustituido por un concepto económico de empresa. Esta evolución permite, en lo fundamental, que se adscriba responsabilidad adecuadamente en el marco de relaciones económicas complejas, aunque, no obstante, tiende a ser inexacta en los ámbitos limítrofes, por lo que los criterios de delimitación aparecen a lo largo del desarrollo.

³ Cfr: Cavero García 2002: 220, 221, 222, 223

2.10.1. Responsabilidad por el hecho Empresarial

Uno de los mayores escollos científicos – dogmáticos que se han planteado a la hora de encajar en la Teoría del Delito la organización empresarial es el relativo al hecho cometido por la empresa y las soluciones que se han propuestos, en otras palabras se trata del problema de la temporalidad del hecho organizativo empresarial. En efecto, si no quiere caer en la responsabilidad por el hecho ajeno típica de los modelos de heteroresponsabilidad, el hecho cometido por la persona física se imputa a la persona jurídica, se plantea el problema de cómo entender el hecho cometido por la propia empresa.

Uno de los primeros autores en proponer esta problemática fue TIEDEMANN, quien intento recurrir a la “actio libera in causa” para fundamentar una culpabilidad antecedente de la persona jurídica. LAMPE, amplía el concepto del hecho hasta considerar como causa del resultado no injusto, no solo la acción individual si no también la existencia sistemática de una estructura social.

“HEINE, estableció un paralelismo entre el derecho penal individual y el Derecho Penal Empresarial, el dominio del hecho propio del Derecho Penal individual y el dominio de la organización característico del Derecho penal Empresarial para concluir que la dimensión temporal en ambos ámbitos resulta sustancialmente diferente; ello lleva a proponer una culpabilidad por el hecho para el Derecho penal individual que corre paralela a la culpabilidad

por la conducción de la actividad empresarial del derecho penal empresarial". (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 200).

El principal problema de esta última construcción es que dicho tipo de culpabilidad empresarial se corresponde con el conocido topo de la culpabilidad por la conducción de vida ampliamente criticado por la doctrina moderna y difícilmente puede considerarse enmarcado en los parámetros modernos.

El modelo constructivista propone un entendimiento normativo de dicha problemática. Así la culpabilidad empresarial, para que pueda corresponderse con dichos parámetros, debe ser culpabilidad por el hecho, lo importante aquí es como entender ese hecho. Debe adoptarse una perspectiva normativista del hecho.

"El hecho para respetar la culpabilidad por el hecho consiste en la configuración de un ámbito de organización propio – siempre, claro está, respetando los límites de la tentativa y la consumación y, de ahí que la libertad desde este planteamiento teórico no se entienda como una libertad de voluntad, libertad de decisión en un momento concreto, sino libertad de (auto) organización, libertad de autoadministrarse". (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 206)

"En definitiva, el hecho, tanto en el Derecho penal individual como en el Derecho penal empresarial, se define como la configuración de un ámbito

organizativo determinado y dicha configuración se produce, en el caso de la organización empresarial, gracias a su capacidad de autoorganización”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 209).

2.10.2. Elementos del Modelo Constructivista de Autorresponsabilidad Penal Empresarial.

“El modelo constructivista aporta una cuestión que es conocida como la incapacidad de acción de la empresa. Partiendo de los postulados constructivistas y de determinadas posiciones de la teoría penal de la teoría penal moderna se logra trasladar la cuestión de la capacidad de acción a la capacidad de organización, para terminar afirmando la capacidad de autorganización de la empresa”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 150)

“El concepto constructivista de culpabilidad empresarial establece que la culpabilidad empresarial no son iguales pero si funcionalmente equivalente. Se distinguirá entre organizaciones empresariales con capacidad de culpabilidad imputables y sin capacidad de culpabilidad inimputables.”(Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 161).

Solo de esta manera puede afirmarse la existencia de una verdadera responsabilidad penal empresarial. Establece la teoría constructivista, sobre todo a raíz de la especial vinculación entre culpabilidad y pena.

2.10.3. La Imputabilidad Empresarial

“La discusión en torno a la responsabilidad penal empresarial ha dado por supuesto que prima facie, todas las empresas podían ser penalmente responsables. Sin embargo, parecería que respondería más a la lógica

jurídico – penal que existieran organizaciones empresariales imputables – con capacidad de culpabilidad y organizaciones empresariales inimputables- sin capacidad de culpabilidad”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 184)

El autor refiere que expresado con otras palabras, no se le puede dar el mismo tratamiento en el derecho penal a las Personas Jurídicas, toda vez que no todas las personas humanas son imputables en el Derecho Penal individual, tampoco todas las empresas deben serlo en el Derecho penal empresarial. Al menos, ese debería ser el planteamiento de un verdadero Derecho penal empresarial.

Véase que la lógica jurídico penal, no solo se deriva de una correcta comparación entre el Derecho penal individual y el Derecho penal empresarial, sino que además constituye el colorario natural de la aplicación de los presupuestos (operativos) constructivistas al dominio de la responsabilidad penal empresarial. Más aún, gracias dicha distinción se puede superar por un lado ciertas críticas que se han planteado contra la ausencia de autoconciencia, conciencia de sí mismas, por parte de las organizaciones empresariales y por otro ofrecer un planteamiento político – criminal más adecuado para cierto tipo de personas jurídicas.

“El fundamento básico radica en el postulado del constructivismo operativo que, apoyándose en los avances de las ciencias de la comunicación, parte de la base de que tanto conciencia como comunicación muestran los mismos caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión. La

autorreferencialidad se da en dos sistemas El sistema jurídico (Derecho) y el sistema organizativo (empresa)". (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 180).

"El sistema jurídico se refiere a la autorreferencialidad, la comunicación conlleva que el sistema jurídico no tenga acceso directo ni al interior de la conciencia humana (sistema psíquico) ni al interior de la organización empresarial (sistema organizativo). Ambos sistemas, tanto psíquico como organizativo, pueden aspirar, como mucho, a mostrar indicios racionales de una autorreferencialidad suficiente, ya que éstos conforman la base sobre la cual el sistema jurídico – penal atribuye la personalidad." (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 182). "El autor señala que conviene centrar la atención en el sistema organizativo (la empresa)." (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 183).

"En el marco de esta discusión el sistema psíquico como el sistema organizativo debe desarrollar una determinada complejidad interna suficiente para poder ser considerados personas en Derecho Penal. Así la complejidad interna suficiente es un presupuesto para el desarrollo de una autorreferencialidad bastante que permita la autodeterminación del propio sistema con respecto al entorno, cuestión decisiva para el nacimiento de la responsabilidad penal". (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 185).

"El autor refiere que se puede establecer, una equivalencia funcional entre el desarrollo de una complejidad interna suficiente en el ser humano y en la organización empresarial". (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 188).

Véase que al menor de edad (niño) no se le puede imputar una pena hasta que su sistema cognitivo, psíquico este desarrollado y sea complejo, como refiere el autor que debe alcanzar un determinado nivel interno de autorreferencialidad – autoconciencia, con ello hacemos una similitud referente a la Empresa, ya que no se puede imputar penalmente en el Derecho Penal Empresarial, esto quiere decir que si el sistema de organización y estructuración de la empresa no tiene complejidad, no tiene un nivel de autorreferencialidad, autoorganización, por esta razón las Empresas tiene que superar sus niveles autorreferencialidad, autoorganización y así ser consideradas personas jurídicas imputables en el Derecho Penal.

“Dicho umbral, por lo demás, se establece, tanto en el ámbito del Derecho penal individual como en el Derecho Penal empresarial, normativamente”.
(Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 190)

2.10.4. La Culpabilidad Empresarial

De los diferentes problemas que presenta la instauración de un modelo de responsabilidad penal empresarial, la determinación de la culpabilidad empresarial goza de un lugar privilegiado. No en vano la imposibilidad de conjugar el principio de culpabilidad con la organización empresarial se ha erigido en el bastión irreductible de la doctrina tradicional, habiéndose incluso afirmado que el principio *“sociates delinquere non potest”* se ha impuesto como expresión del principio no hay pena sin culpabilidad.

“El autor GUARDIOLA LAGO, señala “parece ser inconveniente principal para establecer una responsabilidad penal de la personas jurídicas sigue siendo la falta de construcciones dogmáticas aptas para respetar el principio de culpabilidad”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 188).

“La forma de abordar la problemática que adopta el modelo constructivista es construir un concepto de culpabilidad empresarial que, si bien no sea idéntico al concepto de culpabilidad individual, sí que resulte funcionalmente equivalente. Es decir, conforme al modelo constructivista, culpabilidad empresarial y culpabilidad individual no son iguales, pero si funcionalmente equivalentes”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 189);

Expresado de otras maneras: desde la perspectiva de la función de la culpabilidad, simboliza la infracción del rol ciudadano (corporativo en el caso de la empresa) fiel al Derecho, el cuestionamiento de la vigencia de la norma – culpabilidad individual y culpabilidad empresarial son equivalentes.

“En concreto el concepto constructivista de culpabilidad empresarial se basa en tres equivalentes funcionales que se corresponden con los tres pilares del concepto de culpabilidad individual: la fidelidad al Derecho como condición para la vigencia de la norma, el sinalagma básico del Derecho Penal y, por último, la capacidad de cuestionar la vigencia de la norma menciona los siguientes equivalente”: (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 192).

“El primer equivalente funcional, se fundamenta en el hecho de que, en la sociedad moderna, la vigencia de determinadas normas depende en gran

medida de la creación y mantenimiento de una cultura empresarial de fidelidad al Derecho. Así, el modelo descentralizado de organización social que surgió en el ámbito individual con motivo de la desmitificación del mundo, ha tenido lugar en el ámbito empresarial a lo largo del siglo XX, entre otras la desmitificación del estado”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 194). “Así nace el conocido fenómeno de la autorregulación empresarial como un reflejo de la incapacidad estatal para controlar ciertos riesgos característicos de la sociedad postindustrial moderna. Ello ha provocado que dicho control y gestión de riesgos se haya descentralizado hacia unas organizaciones empresariales que, en virtud de su tamaño y complejidad interna, no admiten una regulación intervención directa estatal externa, sino que, como mucho, puede aspirarse a un control del contexto característico del derecho reflexivo”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 197).

Véase que es de necesidad imponer y adecuar a las Personas Jurídicas, una obligación primordial que toda persona imputable, jurídica penalmente, tiene la obligación del cumplimiento fielmente de la norma al derecho.

“El reconocimiento de una esfera de autonomía a la empresa con la consiguiente obligación de fidelidad al Derecho provoca, al igual que lo hizo en el individuo, el nacimiento del ciudadano (corporativo) fiel al Derecho. Por tanto el rol que garantiza el Derecho Penal (empresarial) es el de rol del ciudadano –(corporativo) fiel al Derecho, es decir, la manifestación de la culpabilidad jurídico – penal empresarial”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 203).

“El nacimiento del rol ciudadano corporativo fiel al Derecho conlleva el reconocimiento de un mínimo de igualdad a las empresas. Ahí el segundo equivalente funcional que, de esta manera, consiste en el establecimiento del sinalagma fundamental del Derecho Penal (empresarial): libertad de autoorganización (empresarial) responsabilidad por las consecuencias (de la actividad empresarial). SCHUNEMANN la legitimación de las sanciones económicas a la asociación puede verse en la autonomía de la asociación, a la cual el Derecho le adscribe fundamentalmente una libertad a la organización propia que, sin embargo, tiene como reverso tener que ser responsable por los resultados negativos de esa libertad”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 191).

El autor HEINE, nos dice que la empresa debe organizarse, tener una autorresponsabilidad, el riesgo debe concentrarse dentro del dominio empresarial. La Empresa de lo que solo es un actor económico pasa a ser según la racionalidad de los costes y beneficios a convertirse en una Persona Jurídico Penal, con deberes, derechos y obligaciones constituyéndose como un ciudadano que cumpla la normativa.

“Precisamente ese status de ciudadanía conforma el tercer equivalente funcional. Así, resulta fundamentalmente para la dimensión material de la culpabilidad jurídico – penal la posibilidad de poder participar en la producción común de sentido; es decir, el principio de culpabilidad garantiza

que la persona es competente para intervenir en asuntos públicos”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 197).

2.10.5. Dolo Empresarial

La problemática de la imputación objetiva, especialmente la referida al dolo, ha revestido una complejidad en este ámbito, la tradicional influencia del elemento volitivo en el concepto de dolo y la vinculación exclusiva de la voluntad al individuo hacía extremadamente difícil la tarea de conformar un concepto de dolo que fuera compatible con la organización empresarial. La solución que se da es construir un modelo de heteroresponsabilidad conforme a cual el dolo de la persona física se traslada a la persona jurídica. Apelando a la inadecuación jurídica – penal de este proceder, además de no solventar los problemas de responsabilidad penal empresarial que se plantean cuando no hay posibilidad de localizar a la persona física en concreto cuyo dolo imputa a la persona jurídica. Interesa destacar los aportes que hacen *Zúñiga Rodríguez* y de *Heine*.

“Los dos autores mencionados realizan diversas aportaciones en este controvertido campo, partiendo de una concepción de dolo como “representación del peligro concreto de producción de resultado”, señala que deben observarse las actuaciones organizacionales de la empresa, donde la actuación que denote peligrosidad objetiva del peligro para el bien jurídico dará lugar a la imputación dolosa y la actuación que denote menor peligrosidad objetiva del resultado peligro para el bien jurídico dará lugar a una imputación culposa”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 205).

“Heine, por su parte considera que, el dolo no se establece como un conocimiento real del autor, sino que se imputa funcionalmente conforme a la medida de la concepción social, a la empresa como autor se le puede imputar, en conjunto, el conocimiento disperso a través de toda organización”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 206)”.

Estos dos autores mencionados buscan deslindar del dolo de las personas físicas. La empresa como sistema organizativo autopoietico, dispone sobre el conocimiento organizativo con independencia del conocimiento de los individuos particulares.

“WILKE nos dice que el núcleo del conocimiento colectivo es la observación de que el contenido de este conocimiento no está caracterizado por los conocimientos individuales que se encuentran en las personas, sino por la relación y los modelos de vinculación entre estos elementos de conocimiento”(Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 204)

“Entendemos que el dolo en el derecho empresarial, se entiende como conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial en los delitos de peligro, que se realiza en el resultado típico en los delitos de resultados”. (Gómez - Jara Diez, 2012, pág. 205).

2.11. El Principio “Societas delinquere non potest” frente a sus Detractores

Este principio está basado a que las sociedades no pueden delinquir, fundamentándose básicamente, según sus seguidores en el hecho de que las

personas jurídicas no tienen voluntad, por lo tanto no se presenta el elemento dolo en su accionar. Al respecto revisaremos a algunos autores en esta conceptualización.

TERRADILLOS, este autor indica respecto a la conveniencia político criminal, que se debe mantener la fórmula – *“societas delinquere non potest”*, que la sociedad no delinque, de acuerdo a los principios doctrinarios, refiere que a la espera de una definitiva consolidación de esa nueva dogmática. *“hoy por hoy parecen innegables las dificultades para entender que una responsabilidad penal fundamentada en el comportamiento culpable pueda ser exigible a las personas jurídicas, dado que acción y culpabilidad son conceptos dogmáticamente construidos con referencia exclusiva a la persona física”* . (Osorio Moreno, 2016). Terradillos se inclina a la doctrina y dogmas primigenios del delito, en el cual solo puede delinquir una Persona Humana y que es doctrinariamente imposible que una Persona Jurídica, tenga un accionar típico y antijurídico.

“NUÑEZ CASTAÑO, el autor nos dice, que en el tiempo ya se han dado intentos de poner en duda la validez del principio, “societas delinquere non potest”, y que previo a ello el autor comenta que opta por el carácter fragmentario del derecho penal referente al asunto de la responsabilidad de las personas jurídicas. Se recurre al derecho penal de modo fragmentario, porque este no sanciona todas las conductas lesivas de los bienes jurídicos sino los modos de ataques más peligrosos para ellos”. (Osorio Moreno, 2016).

“Señala que el hecho de que una asociación, entidad mercantil haya realizado un menoscabo y transgresión al ordenamiento jurídico, no disminuye la rigidez de estas exigencias, ni tampoco las presupone de un modo automático. Por el contrario, es igualmente necesario constatar la presencia de estos tres aspectos (gravedad de las conductas, riesgo para bienes jurídicos fundamentales, y fracaso de otras ramas del ordenamiento) antes de poder afirmar la presencia del Derecho penal en estos ámbitos”. (Osorio Moreno, 2016).

“Una vehemente defensa sobre la imposibilidad del establecimiento de un “societas delinquere potest” la realiza FEIJOO quién sentencia que cualquier persona que se interese por el estado de la cuestión puede apreciar como en la discusión se suelen mezclar continuamente cuestiones de “lege lata y de lege ferenda” sin la debida precisión conceptual.” (Osorio Moreno, 2016).

FEIJO, refiere que hay discusión en las doctrina, en los tratados, en cómo se ha ido desarrollado en el tiempo y ha evolucionado las dogmas penales. El autor refiere la existencia de falencias, no han desarrollado que el sistema se relacione con las reglas jurídicos penales especiales sobre la imputación a las Empresas.

FEIJOO “reconoce que los estudios sobre las formas más modernas de criminalidad organizada, sobre todo la criminalidad de la empresa, vienen demostrado que a través de las sociedades se puede fomentar una “irresponsabilidad penal organizada”. (Osorio Moreno, 2016).

“La irresponsabilidad organizada, a pesar de que no sea intencional, puede ser una característica de que exista una Organización compleja. Las organizaciones humanas más complejas se caracterizan por una descentralización y diferenciación de dichas funciones y tareas. Respecto a la Asociación Persona Jurídica, y a sus diversas competencias y roles dentro de sus organización, es de verse que existen serios problemas a la hora de imputar el hecho jurídico a una persona concreta”. (Osorio Moreno, 2016). *“En las grandes empresas no es extraordinario que la constitución de los elementos del tipo sean realizados por diversos sujetos y que en su decisión final participen varias personas. Es así que el autor concluye que se debe reconocer honradamente que la protección jurídico-penal muestra déficits de eficacia frente a estructuras empresariales o colectivas”.* (Osorio Moreno, 2016).

Con lo referido por estos autores nos encontramos ante inmensas posibilidades que no se puede imputar a una Persona Jurídica, estas empresas no podrían ser vista de esta manera bajo este principio.

El problema radica en darle a la Persona Jurídica, la categoría de un sujeto que se le imputa penalmente, ya que contravendría los principios dogmáticos del derecho penal, no cabe legitimidad, siguiendo los parámetros de las dogmas penales, que se le sancione a las Personas Jurídicas conductas típicas y antijurídica, toda vez que ellas no pueden tomar decisiones por sí misma, y no accionan por sí solas, ni hay un reconocimiento alternativo respecto a las decisiones de sus grupo directivo o personas que actúen a su nombre. Estamos frente a un problema jurídico - penal

“Sin embargo y a pesar de reconocer las dificultades enormes para la imputación de responsabilidad penal personal en el ámbito de los delitos en la empresa, pone su acento en las dificultades que desde el punto de vista por ejemplo de la culpabilidad no ve superadas”. (Osorio Moreno, 2016).

El fondo del tema según el autor está en la responsabilidad penal de la persona jurídica, en que no radica que la Persona Jurídica puede ser sujeto al cual se le pueda imputar penalmente, el problema se encuentra la legitimidad de determinar los conflictos sociales que se generaran a partir de esta responsabilidad penal a estos entes, ya que ellos no tiene capacidad de tomar de decisiones por si solas, sino a través de su organización. El autor dice que *“nos encontramos bajo un problema jurídico-penal o político-criminal independiente de las consideraciones que se puedan hacer en otras ramas del ordenamiento jurídico”.* (Osorio Moreno, 2016).

El autor concluye que la Persona Jurídica no cumple con causales de una capacidad de delinquir (capacidad de acción y culpabilidad), y considera que la Persona Jurídica podría ser un instrumento de peligro, pero los que cometen el delito tiene que ser necesariamente una persona humana, en este caso serían los funcionarios y directivos de la Asociación, Empresa.

FEIJO, menciona tres críticas:

1) *“Que la opción por el principio “societas delinquere potest” no sólo es político-criminalmente innecesaria sino contraproducente ya que desde una perspectiva general crea más problemas que los que soluciona”.* (Osorio Moreno, 2016)

2) *“Indica que el principio de culpabilidad acabaría afectando de forma negativa a los derechos constitucionales de las personas físicas que integran la Empresa”.* (Osorio Moreno, 2016).

3) *“Al referirse a una consideración criminógena como críticas a las Teorías de HEINE o TIEDEMANN, quienes señalan una culpabilidad propias de las empresas, éstas podrían provocar que las acusaciones se centren en una responsabilidad colectiva de manera exclusiva, por ser más fácil su probabilidad, esto podría conducir a un indeseable ámbito de impunidad para las personas físicas, que conlleva a déficits preventivos”.* (Osorio Moreno, 2016).

2.12. Oposición al Principio “societas delinquere non potest”

Autores que se oponen al principio.

ZUÑIGA RODRIGUEZ, el autor se inclina a la posición de cómo se construyó la Teoría del Delito, esta teoría tuvo base la conducta del ser humano como tal y sus libertades innatas. Al estudiar estas conductas y sus libertades, se da protección a los bienes jurídicos tutelados, la acción delincuencia que transgrede estos bienes, es un punto de partida para las dogmas del derecho penal y del acto delictivo, creándose sobre ello una dogmática que reconoce como base fundamental la conducta de la persona física. La antijuridicidad se centra en transgredir de forma voluntaria y consiente de manera personal y la culpabilidad es el reproche de no haber actuado de acuerdo a las normas e infringirlas

ZUÑIGA RODRIGUEZ, comenta *“que el reto lo está ganando la flexibilización de garantías para poder llegar a la atribución de responsabilidad penal a la persona*

jurídica, al menos esa es la sensación desde el derecho comparado, el autor plantea que se debe elegir un modelo de imputación y que esta incluya a las Personas Jurídicas o empresas como infractoras de la normativa penal, y este modelo tiene que estar ceñido a las garantías del derecho penal”. (Osorio Moreno, 2016)

RIBAS RAMON ,señala *“que el derecho penal está cegado en el sentido de la inobservancia del comportamiento de las Personas Jurídicas porque su atención solo se centra en la conducta individual, y no prestando atención al comportamiento de las Personas Jurídicas, limitando la capacidad de la lucha contra el crimen, es por ello que la desvinculación de la infracción penal y posterior consecuencia de la Persona Jurídica solo viene a ser interpretada como una carencia de las normas penales y en la parte societaria, se puede decir que hay un ocultamiento o distracción de actividades ilícitas que pueda configurar las Empresas”. (Osorio Moreno, 2016)*

SILVINA BACIGALUPO, *“reconoce que se equivocan al comparar las categorías de acción y culpabilidad respecto al sujeto físico y jurídico, es decir persona humana y empresa, ya que estos nunca van a coincidir”. (Osorio Moreno, 2016)*

RODRIGUEZ RAMOS, habla del sustento en que está basado el dogma, respecto al este principio, *“societas delinquere non potest”, “quien indica que es un generador de hipocresías dogmáticas y sofismas en la praxis judicial, de modo que: el respeto de la seguridad jurídica, la justicia y la no arbitrariedad exige una revisión razonable de la etiqueta falsa” (Osorio Moreno, 2016). “Traiciona los principios importantes y fundamentales del Derecho Penal, como la presunción de inocencia, la*

responsabilidad penal por culpa o dolo, la imputación objetiva, los principios generales del derecho penal, principios relevantes importantes y básicos del Derecho penal, principios tan relevantes y en parte idénticos –culpabilidad- a los que se esgrimen en favor de la no viabilidad de responsabilidad penal para la persona moral”. (Osorio Moreno, 2016).

A mi parecer podemos evidenciar que frente al Derecho Penal moderno y las nuevas tendencias de Política- Criminal, las sanciones penales deben hacer frente a ello y que los estados deben sancionar a estas Personas Jurídicas que se constituyen para finalidades ilícitas. Por ello se debe seguir al principio “societas delinquiré potest”, por lo que se ve actualmente, las normas del estado Peruano, están poco a poco sumándose a la lucha contra la corrupción y criminalidad organizada y delitos de carácter económico.

2.13. Responsabilidad Penal – Criminal Compliance

El compliance es uno de los tópicos preferentes en la actual discusión doctrinal en torno a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, podemos ver que en otros países como (España, Chile, Italia); tienen en su normativa el compliance. Pues bien el criminal compliance se ha construido fundamentalmente en torno a dos tipologías delictivas, El blanqueo de capitales y la Corrupción. El origen del Compliance es por la privatización de la lucha contra la corrupción, que viene de la mano con esta figura en mención, se construye esta programa, debido a que los delitos camuflados bajo las Empresas, trae consigo el perjuicio de los trabajadores, sus directivos y la empresa como tal, se ven vulnerables a efectos negativos de

estos delitos incurridos bajo las fachadas de las Empresas, consiguiendo que la reputación Empresarial, se vea dañada.

“Un primer concepto pasaría a afirmar que la “Ciencia del Compliance”, en general de la responsabilidad penal en el marco de la Empresa; en concreto de la determinación de las medidas que la dirección empresarial en el marco de su deber adopte para evitar la infracción de deberes jurídicos penales, por parte de sus empleados y de la propia corporación”.(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 777).

Siendo la debida diligencia un principio fundamental que debe desplegarse sobre todos y cada uno de los componentes necesarios para prevenir y detectar comportamientos ilícitos de manera óptima desde el diseño del programa de cumplimiento hasta la adopción de medidas correctivas posteriores a la infracción.

CAPITULO 3

ANALISIS DE LA LEY N°30424 – LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL

3.1. Norma Originaria – Ley Que Regula La Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Activo Transnacional

El 17 de marzo del 2016, el Congreso de la República aprobó la «Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Activo Transnacional», esta es una norma inédita, que el Perú como uno de los primeros países forma parte del mecanismo de colaboración del programa que fue lanzado por la Organización Internacional OCDE y el Presidente del Perú en la cumbre de la Iberoamericana de Jefes de Estado el 08 de diciembre del 2014. Este programa se centra en cinco áreas prioritarias crecimiento económico, gobernanza pública, transparencia y lucha contra la corrupción, capital humano y productividad y medio ambiente.(Loo J. F., 2016). Esta norma se dio para coadyuvar al cumplimiento de las directivas impuestas por la OCDE, teniendo como principal finalidad afrontar de manera eficaz la criminalidad empresarial en nuestro país, así podríamos justificar

su entrada en vigencia, ya que esta norma está enmarcada dentro de una corriente en auge que es la “*societas delinquere potest*”.

Como es de verse hoy en día diversos países han realizado reformas a su normativa interna con la finalidad de incorporar un sistema que responsabilice penalmente a las personas jurídicas, de modo que no solo se sancione a las personas naturales que serían los directivos, accionistas y el grupo colectivo que se encuentra detrás de la empresa, sino a la asociación de acuerdo a las consideraciones de carácter político-criminal, estas apreciaciones, su finalidad es prevenir y que esté vigente un orden normativo en la normativa jurídica.

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional previsto en el artículo 397-A del Código Penal. Que a la letra de la norma dice “*El que bajo cualquier modalidad, ofrezca, otorgue o prometa directa o indirectamente a un funcionario o servidor público de otro Estado o funcionario de organismo internacional público donativo, promesa, ventaja o beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona, para que dicho servidor o funcionario público realice u omita actos propios de su cargo o empleo, en violación de sus obligaciones para obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años*”.(Código Penal, 2012), consideramos que esta ley es para este delito en especial, a mi parecer es una ley limitada ya que solo es para un delito de tantos delitos que tipifica el código penal. Podemos apreciar que nosotros no ajenos a la coyuntura mundial, esta norma promulgada, hace un cambio abrupto al sistema peruano, toda vez que si se hablaba que solo el individuo puede cometer ilícito penal de acuerdo a su accionar y solo él puede delinquir, ahora se

habla de que una Empresa es pasible de sanción penal. Continuando con el análisis de esta ley, la norma está directamente relacionada a las personas jurídicas de derecho privado constituidas bajo cualquiera de las clases previstas en la Ley General de Sociedades que a la letra de la Ley dice “*son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones 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*”.(Ley General de Sociedades N°26887, 1997)

“El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma”.(Ley General de Sociedades N°26887, 1997).

La nueva norma establece un nuevo sistema de imputación de responsabilidad a través del cual se sanciona autónoma y directamente a las personas jurídicas por la comisión de un ilícito penal: el delito de cohecho activo transnacional. Al entrar en vigencia esta norma, las Personas Jurídicas, serán investigadas, procesadas y sancionadas por la comisión del delito perpetrado en el recorrido de su actividad comercial, aun cuando la persona natural perpetradora del ilícito penal no haya sido procesada ni condenada, de acuerdo al artículo 4° del primer párrafo de la Ley que a la letra dice:

“Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica.-La responsabilidad

administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural".(LEY N° 30424, 2016).

Las personas jurídicas pueden ser accesoriamente pasibles de medidas vinculadas a la comisión de cualquier delito, si es que en el marco de un proceso penal se demuestra que el delito fue producido en el desarrollo de las actividades de la persona jurídica o hayan utilizado su administración, gestión u organización para encubrir el ilícito penal; y se dicta condena contra la persona natural que perpetró el ilícito penal a título de autor.

Lo novedoso de esta Ley es que al régimen de responsabilidad accesoria actualmente vigente para las personas jurídicas, se añade uno de responsabilidad autónoma, en el que no se requiere el procesamiento ni la condena de la persona natural que haya cometido el delito como autor.

3.2. Normas Internacionales que Regulan la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas.

En ese sentido en la normatividad internacional, podemos ver a países como Francia y Suiza que han adoptado modelos de imputación penal para responsabilizar penalmente a las Personas Jurídicas. Encontramos también a España con la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que incluyó en el artículo 31bis de su texto punitivo la responsabilidad penal de la persona jurídica. Podemos apreciar que diversidad de países han regulado normas que responsabilizan penalmente a las empresas por los ilícitos que éstas puedan cometer, por la tendencia mundial que encontramos de criminalidad organizada, como se dijo líneas arriba, hay “empresas”, que se

constituyen para cometer ilícitos penales, con la máscara de empresas y obtener beneficio económicos ilícitos, es por ello que Perú no lejano a ello y con la invitación de la OCDE, incluyo en su sistema jurídico esta norma. Siguiendo con el sistema de normas internacionales, podemos apreciar en la normatividad que tiene Italia que es muy similar a nuestra normativa, ya que Italia introdujo un sistema de sanciones bajo una etiqueta de “responsabilidad administrativa”.

3.3. Denominación (Responsabilidad “Administrativa”)

Esta Ley propone un fraude de etiqueta, las empresas serán procesadas penalmente y no administrativas de acuerdo a nuestro ordenamiento, la ley prevé sanciones como multas, decomisos, cancelación de licencias, denominando a estas sanciones como administrativas, pero no se podría decir entonces que sean administrativas ya que lo trataría un Juez penal y el proceso se llevaría como cualquier delito en el tipo de penal, aplicándose la categoría del derecho penal, entonces no podríamos hablar de sanciones administrativas sino penales, en este sentido la ley está mal tratada ya que no se debería de hablar de sanciones administrativas porque es un tipo penal. *Al respecto tenemos al autor CARO CORIA, nos dice:*

“Estamos por tanto ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos preferirían llamar solo “administrativas” para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentencias que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción cometido por ella”.(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 706)

“Consideran que el injusto propio de la persona jurídica se construiría a partir de la “defectuosa configuración de su ámbito de organización que supera el riesgo permitido o, expresado de otra manera, en un defecto de organización que supera el riesgo permitido”.(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 760).

“Los estándares de la industria o sector de actividad en el que se desenvuelve la persona jurídica a la hora de conformar los compliance programs y valorar adecuación ex ante para conjurar los riesgos de la empresa. Así, dichos estándares crean una suerte de concepto de empresa media del sector que resulta de extrema utilidad para valorar el posicionamiento de la sociedad respecto de los riesgos que se generan en un determinado sector de actividad”(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016, pág. 763).

3.4. Tipo Penal aplicable

De acuerdo al autor CARO CORIA, nos dice que ha habido proyectos los cuales, han destacado los delitos de colusión desleal, peculado, cohecho activo genérico, cohecho activo transnacional, cohecho activo específico y tráfico de influencias; destaca el autor que *“la conveniencia de introducir la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en un contexto de especial interés para la Política Criminal del Estado como es la corrupción estatal, reposa en sus posibles efectos preventivos sustentados, a su vez en un par de datos de evidente trascendencia criminógena: (i), los actos de corrupción de mayor lesividad social benefician a las personas jurídicas ; y (ii) el patrimonio utilizado para la realización de actos de corrupción proviene de las*

personas jurídicas”.(Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016). En el Perú antecedente proyectos en el cual, integran en su normativa el principio del “*societas delinquere postea*”.

El tipo penal que vemos en la Ley incluye uno de los delitos mencionados por el autor que es el cohecho activo transnacional, entonces vemos que el Perú tiene anteproyectos por estos delitos y su fijación por los delitos de corrupción, ya que este delito ataca a la economía del estado en una política criminal, y estas empresas se enriquecen ilícitamente a costa del estado. Es por ello que el último proyecto Ley, se basa en el delito que se encuentra tipificado en el artículo 397°-A del Código Penal que, consiste en ofrecer, prometer o entregar a un funcionario público de un Estado extranjero o funcionario de un organismo internacional público (Banco Mundial, BID, PNUD, UNOPS, OIT, ACNUR, FAO, OMS, UNESCO, etc.), algún donativo o ventaja, “*con el propósito de obtener o retener un negocio u otra ventaja indebida en la realización de actividades económicas o comerciales internacionales*”.(Código Penal, 2012).

La Ley N°30424 en su Artículo 3° nos dice.-

“Art. 3.- Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. Las personas jurídicas a que se hace referencia en el artículo 2 son responsables administrativamente por el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

1. *“Sus administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales y órganos colegiados, siempre que actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo”.*(LEY N° 30424, 2016)

2. *“Las personas naturales que prestan cualquier tipo de servicios a la persona jurídica, con independencia de su naturaleza, del régimen jurídico en que se encuentren o de si media relación contractual y que, estando sometidas a la autoridad y control de los gestores y órganos mencionados en el literal anterior, actúan por orden o autorización de estos últimos”.*(LEY N° 30424, 2016)

3. *“Las personas naturales señaladas en el literal precedente cuando, en atención a la situación concreta del caso, no se ejerza sobre ellas el debido control y vigilancia por parte de los administradores de hecho o de derecho, representantes legales, contractuales u órganos colegiados de la persona jurídica”.*(LEY N° 30424, 2016)

“Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en los literales a, b y c del primer párrafo, hubiesen cometido el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica”.(LEY N° 30424, 2016).

Como vemos esta ley solo es aplicable para el delito de cohecho activo trasnacional (art. 397-A del Código Penal –CP–), que castiga a quien soborna a un funcionario público de otro Estado u organismo internacional (art. 1), esta ley solo encierra un delito de todos los que tipifica el código penal. La citada Ley, tiene como requisitos indispensable combatir los actos de corrupción, ya que actualmente se cometen actos de corrupción a la orden del día, es por ello que el estado peruano, ingresa

como miembro activo de la comisión anti – soborno de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), con el tipo penal que establece esta Ley, que solo es para sancionar el soborno que comete la empresa peruana por medio del funcionario público de otro país.

3.5. Relaciones entre Responsabilidad de los Administradores y Responsabilidad de la Persona Jurídica

Podemos deducir de acuerdo a nuestra investigación realizada, en el cual se aprecian una de sus características fundamentales del principio “*societas delinquere non potest*”, “*al que se le atribuye responsabilidad penal, por el actuar de otro, para determinar responsabilidad penal a la Persona Jurídica, tendrá que existir un “factor vinculante o de conexión” que consiste en el “hecho ilícito de otro”* (LEY N° 30424, 2016) , esto quiere decir que la tipicidad a la que incurre el administrado o la personas físicas, quienes prestan servicios a una entidad, y al no cumplir con el Criminal Compliance, siendo uno de sus requisitos indispensable de esta figura, la debida diligencia de una vigilancia y control de los sujetos mencionados, en una situación de que se dé el caso , entonces el factor conexión entre estos sujetos en un caso concreto, es indispensable, por ello, respecto al análisis de la Ley N°30424, se puede ver que la acción ilícita de un determinado sujeto (individuo) es propio del que actúa, con ello se puede llegar decir, que hay una responsabilidad autónoma del sujeto, y no cabría posibilidad alguna de que haya una responsabilidad de la Persona Jurídica, lo que no se cuestiona en mi presente trabajo de investigación.

En nuestra normativa se aprecia que el artículo 4° del primer párrafo de la Ley nos dice.- “*La responsabilidad de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad*

penal de la persona natural. Las causas que extinguen la responsabilidad penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas".(LEY N° 30424, 2016)

El autor Caro Coria al analizar la citada ley refiere que no es posible que haya sanción "administrativa" contra la persona jurídica, es consecuencia automática e inmediata del delito de la persona natural, sobre todo si se toma en consideración que en todos los textos que sirvieron de base a la redacción final de la Ley n° 30424 se indicó que "*Las causas que extinguen la responsabilidad penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas*". (Loo J. F., 2016).

El autor Caro Coria nos dice que nos encontramos por ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos preferirían llamar solo "administrativas" para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentencias que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción cometido por ella.

3.6. Sanciones

Las sanciones aplicables que impondrá el Juez penal a una Empresa, respecto a la comisión del delito de cohecho activo transnacional se encuentran en la Sección II de la Ley 30424.

“Art. 5.- Medidas administrativas aplicables

El juez aplica, según corresponda, las siguientes medidas administrativas contra las personas jurídicas que resultaren administrativamente responsables de la comisión del delito de cohecho activo transnacional tipificado en el artículo 397-A del Código Penal:

7. “Multa hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a) del primer párrafo del artículo 7”.(LEY N° 30424, 2016)

8. “Inhabilitación en cualquiera de las siguientes modalidades:

9. Suspensión de las actividades sociales por un plazo no mayor de dos años.

10. 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 mayor de cinco años”.(LEY N° 30424, 2016)

11. “Suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años”.(LEY N° 30424, 2016)

12. “Cancelación de licencias, concesiones, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales”.(LEY N° 30424, 2016).

13. “Clausura de sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal es no mayor de cinco años”.(LEY N° 30424, 2016)

14. “Disolución”.(LEY N° 30424, 2016)

“El artículo 7°, habla sobre la multa que se le impondrá a la Empresa Cuando no se pueda determinar el monto del beneficio obtenido o del que se esperaba obtener con la comisión del delito de cohecho activo transnacional, el valor de la multa se establece conforme a los criterios descritos en la Ley”,(LEY N° 30424, 2016)

“El artículo 8° refiere a la inhabilitación será obligatoria en los casos en los que el delito en mención sea cometido en el marco de un proceso de contratación con el Estado”.(LEY N° 30424, 2016)

“El artículo 9° refiere a la cancelación de licencias u otras autorizaciones también será obligatoria cuando el ilícito de cohecho activo transnacional haya estado destinado o vinculado a la obtención de licencias u otras autorizaciones administrativas”. (LEY N° 30424, 2016).

Asimismo, en evidente referencia al principio de proporcionalidad como criterio a regir de cara a la imposición de las citadas medidas, toda vez que estas no deben ser inidónea ni innecesarias de cara al fin que persiguen, se indica que *“La disolución se aplica solo a las personas jurídicas que hayan sido constituidas y operado para favorecer, facilitar o encubrir la comisión del delito de cohecho activo transnacional. En ningún caso podrá aplicarse para otras circunstancias”* (art. 10).(LEY N° 30424, 2016) Luego, lo mencionado se complementa de la siguiente manera *“Esta medida no es aplicable cuando se trate de personas jurídicas de derecho privado y empresas del Estado o sociedades de economía mixta que presten un servicio de utilidad pública, cuya interrupción pueda causar graves consecuencias sociales o económicas o daños serios a la comunidad”* (art. 10).(LEY N° 30424, 2016).

El artículo 6° de la Ley n° 30424, *“hace mención a un conjunto de medidas administrativas complementarias donde la autoridad facultad la intervención de la persona jurídica en aquellos casos en que sea necesario salvaguardar los derechos*

de los trabajadores y de los acreedores hasta por un periodo de dos años”. (LEY N° 30424, 2016).

Finalmente el artículo 11° nos dice que “el juez, cuando corresponda, dispone el decomiso de los instrumentos, objetos, efectos y ganancias del delito de cohecho activo transnacional por el que se declare responsable administrativamente a la persona jurídica, de conformidad con el artículo 102 del Código Penal, conjuntamente con las medidas administrativas del artículo 5 que resulten aplicables”. (LEY N° 30424, 2016)

3.7. Compliance o Compliance Programs

Como podemos apreciar del trabajo de investigación realizado hablamos anteriormente del Compliance o Compliance programs, que se implementa en la normativa de todas las legislaciones que tienen como principio el “societas delinquere potesd”, como explica el autor CARLOS CORIAS, “*en los países que se han implementado cláusulas legislativas que proporcionan significación a la introducción efectiva de programas de cumplimiento normativo, sea de cara a la posible atenuación de responsabilidad penal de la Empresas, sea de cara a la exclusión de responsabilidad de los mismos*”. (Caro Coria & Reyna Alfaro, 2016)pag.763.

El compliance siendo un mecanismo de autorregulación de las Empresas, evita que las empresas al tener estos modelos de prevención eviten la comisión de infracciones de deberes jurídico penal por parte de sus empleados o de la misma corporación, permite que se pueda controlar los riesgos provenientes de las nuevas tendencias de criminalidad relacionado al tema económico y del sector empresarial.

Nuestra normativa también ha incluido el Compliance o Compliance Programs, en la citada Ley, como es de verse en la Sección V de la Ley que nos habla sobre Modelos de Prevención que deben tomar las Empresas, para que se eximan de responsabilidad, solo si es que adoptaron estos modelos de prevención de acuerdo a como lo determina la Ley. Esto vendría hacer un beneficio importante para las Empresas, ya que al contar con un programa de cumplimiento se reduce las infracciones normativas cometidas por la empresa para lo cual genera ganancia, en consecuencia las empresas habrían dejado de perder, por lo que al tener este programa de cumplimiento ya no incurriría en tales infracciones. Pero esto no quiere decir que la empresa por el solo hecho de tener estos programas de cumplimiento se exime de responsabilidad hay ciertas condiciones que está estipulado en la Ley.

La ley establece que una entidad no es responsable administrativamente –por el delito de cohecho activo transnacional- si con anterioridad a cometer el injusto penal, se adopta y se implementa el modelo de prevención con adecuación a las necesidades de la Empresa y características, estas medidas consiste en vigilar y controlar y así prevenir el delito tipificado en la presente Ley, reduciéndose el riesgo de cometerlo. *“En el artículo 17, inciso 2 se establece las características y elementos que debe presentar el modelo de prevención o programas de cumplimiento”.* (LEY N° 30424, 2016)

CAPITULO 4

ANALISIS DEL DECRETO LEGISLATIVO N°1352 QUE MODIFICA LA “LEY N°03424 – LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSNACIONAL”

4.1. Decreto Legislativo N°1352

Este decreto legislativo modifica los artículos 1°, 2°, 3°, 4°, 5°, 6°, 7°, 11°, 12°, 13°, 14°, 16°, 17° y 18° de la Ley N° 30424.

La modificatoria a la Ley 30424 por el Decreto Legislativo 1352, “*se amplió los delitos ya no solo recae al delito de “cohecho activo transnacional”, sino también en los delitos de “cohecho activo genérico”, “cohecho activo específico”, “lavado de activos y financiación del terrorismo”.* Art. 1° (Decreto Legislativo N°1352, 2017).

Respecto a quien recae responsabilidad administrativa por la comisión de estos delitos, se ha mantenido incólume respecto que en un primer momento, se encontraron incluidas en la presente norma tanto las “*entidades de derecho privado, como las asociaciones, fundaciones 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” Art. 2°(Decreto Legislativo N°1352, 2017). Tras la emisión del Decreto Legislativo n° 1352, se ha mencionado expresamente a las *organizaciones “no gubernamentales”*. Ahora nos encontramos en un ámbito que está más allá de lo Empresarial ya que comprendería ahora a entes colectivos sin fines de lucro como lo son las ONG.

Respecto artículo 2° Artículo.- *“Ámbito subjetivo de aplicación.- se a mantenido el párrafo que menciona al cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización social, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impedirá la atribución de responsabilidad a la empresa”*. (Decreto Legislativo N°1352, 2017). Se ha conservado igual a la norma originaria.

Se ha introducido un párrafo que a la letra dice.- *“En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto”* Art.5 y 7 (Decreto Legislativo N°1352, 2017); *“(ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica*

fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1”.(Decreto Legislativo N°1352, 2017).

En el punto (ii) del párrafo en mención en el que se indica que la persona jurídica absorbente “no *incurrir en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión*”. Art 2°(Decreto Legislativo N°1352, 2017).Se podría mitigar el riesgo de infracción legal, toda vez que estas permiten apreciar un clima de respecto a la legalidad y valores éticos en la empresa, que usualmente se traduce en la implementación de ciertas medidas de control como son la selección de proveedores, de personal, control de flujo de efectivo y, entre otros, la diligencia a que hace referencia precisamente a la aplicación de deberes de debida diligencia, que en este caso estaría referido a la absorción de otra empresa.

Una modificación resaltante, es que la Persona Jurídica, que tengan una matriz y filiales o subsidiarias, caerá en responsabilidad penal, siempre y cuando las personas naturales que conforma su sistema organizativo hayan incurrido en delito en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo de la Ley N°30424, bajo órdenes y autorización y consentimiento.

4.2. Denominación Responsabilidad “Administrativa”

La Ley, originaria del 2016, tenía por objeto regular la llamada responsabilidad “administrativa” de las Personas Jurídicas por el delito de “*cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP)*” (Código Penal, 2012). Ahora, con la modificatoria por el Decreto Legislativo N° 1352, se incluye también los “*delitos de cohecho activo*

genérico (art. 397), cohecho activo específico (art. 398)” (Código Penal, 2012), y las modalidades de “lavado de activos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia, transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, y sus circunstancias agravantes y atenuantes”, previstos en los arts. 1 al 4 del Decreto Legislativo N° 1106. Del mismo modo, “la responsabilidad corporativa se extiende al delito de financiamiento del terrorismo” que tipifica el art. 4-A del Decreto Ley N° 25475.

Se puede decir que a pesar de que el estado Peruano, a incluido en su normatividad y se ha modernizado de acuerdo al Derecho Penal moderno, introduciendo en su ordenamiento jurídico la responsabilidad penal de las Persona Jurídica por el principio del “societas delinquiré non potesd”, seguimos con el trauma de tener presente nuestro viejo principio “societas delinquere non potest”, es decir, que las personas jurídicas no pueden delinquir ni responder penalmente, al menos en el plano formal dado que Ley recurre al término “responsabilidad administrativa”. Pero la determinación de dicha responsabilidad no se llevará a cabo en sede administrativa, sino en sede penal, por un juez penal, en el marco y con las garantías de un proceso penal, aplicándose las disposiciones pertinentes del Código penal y del Código procesal penal de 2004.

Por ello se considera un “fraude de etiqueta” al denominar “administrativa” por lo que no cabe ser administrativa ya que se vislumbra en un proceso penal. Por ello vemos que esta Ley no impone una verdadera responsabilidad penal porque citando como ejemplo el art. 3 señala que “Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan

sido cometido (...) por” alguna de las personas física o naturales indicadas en los literales a), b) y c), con lo que la misma Ley estaría previendo que no se trata de un delito de la persona jurídica sino de un delito de la persona natural, tras el cual el ente colectivo solo responderá administrativamente como indica la Ley, esta responsabilidad seguiría constituyéndose como una responsabilidad civil y patrimonial, ya que las personas naturales integran la colectividad de la Empresa, y estos individuos debería responder administrativamente, por ello muchos autores estudiados en mi trabajo de investigación, resaltan que estos pueden incurrir en una responsabilidad patrimonial como persona., pero a mi parecer yo coincido con los autores que se basan al “*societas delinquere potest*”, que al margen que las persona naturales, respondan civilmente, la Persona Jurídica debe ser investigada y tratada como sujeto imputable, si su colectividad se une para delinquir, y que sean sancionados penalmente los responsables de este hecho como persona natural y también la Persona Jurídica como tal.

Otra interrogante cabe cuando nos remitimos al art. 4 de la Ley, cuando indica que “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural”, con lo que no es posible concluir que la sanción “administrativa” contra la persona jurídica es consecuencia inmediata del delito de la persona natural, y más porque luego el art. 4 prescribe que “Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. Y aún todavía porque el art. 4, tras su reciente reforma, acota las causas de extinción de la acción penal contra la persona jurídica a la prescripción y la cosa juzgada, eliminando la amnistía y el derecho de gracia previstos en la versión original de la Ley.

Nos encontramos frente a una responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos preferirían llamar solo “administrativa” o “civil patrimonial”, esto sería conveniente para las Empresas ya que se evitan el estigma de que la pena acarrearía para la reputación de la empresa que no sería igual concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentenciar que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción o lavado de activos cometido por ella.

La Ley N° 30424 se postuló que estamos ante un sistema mixto, porque se habla de una sanción penal y administrativo a la vez, penal se ciñe de acuerdo al proceso penal, lo investigan las autoridades competentes en la vía penal, el Ministerio Público y el Poder Judicial y administrativa porque no se requeriría la culpabilidad de la persona jurídica, con lo que se trataría de una suerte de responsabilidad objetiva del ente colectivo. Pero esto no puede aceptarse por dos motivos, primero porque una “administración” de la sanción no puede conllevar la pérdida de una garantía esencial de todo el derecho sancionatorio, la exigencia de culpabilidad es un límite al “ius puniendi estatal”, penal o administrativo. Y en segundo término porque la propia Ley establece en el art. 17.1 de la Ley N°30424, nos dice que la posibilidad de que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad si adopta e implementa, antes de la comisión del delito, un modelo de prevención, es decir cuando se organiza para administrar el riesgo dentro de los niveles permitidos, como una expresión de su falta de culpabilidad –en sentido amplio- en el caso concreto.

4.3. Tipo Penal Aplicable

El tipo penal se ampliado con el citado Decreto Supremo, ya no contiene como delito al de cohecho activo transnacional, sino que también hayamos dentro de la normativa el delito cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiación del terrorismo.

4.4. Relaciones entre Responsabilidad de los Administradores y Responsabilidad de la Persona Jurídica

El Decreto Legislativo n° 1352 ha realizado importantes modificaciones y adiciones a la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas. La primera observación al respecto es que, el citado Decreto Legislativo, ha incluido dentro de las personas naturales que pueden dar lugar a la responsabilidad de la persona jurídica al realizar una conducta “en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto”, a sus socios, directores, apoderados. Ahora además, de que dichas personas pertenezcan a sus filiales o subsidiarias, pues igual se encontraran dentro del alcance de esta norma. Y, a diferencia de lo que originalmente previa la Ley n° 30424, no se menciona más la exigencia de que dichos sujetos actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo.

4.5. Sanciones

Sanciones “administrativas” que impone el Juez Penal en un proceso penal.

Una vez demostrada en un proceso penal la existencia de responsabilidad administrativa, previo requerimiento (acusación) del Ministerio Público el juez penal puede aplicar cualquiera de las siguientes sanciones administrativas, estipuladas en el artículo 5° de la Ley, de manera conjunta o individual, o, en determinados casos, suspender la ejecución de la sanción.

En la Sección V del Decreto Supremo 1352, artículo 5°inc a.- trata sobre la multa que se impondrá a la Empresa; *“Multa no menor al doble ni mayor al séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7”* (Decreto Legislativo N°1352, 2017). Diferente a la originaria que nos hablaba hasta el séxtuplo del beneficio obtenido o que se espera obtener con la comisión del delito, sin perjuicio de lo dispuesto en el literal a del primer párrafo del artículo 7.(Decreto Legislativo N°1352, 2017)

Inc 1°.- Cambia de acuerdo al plazo que se dará la Suspensión la Empresa que en la Ley era un plazo no mayor a dos años y en la modificatoria es no menor de 6 meses ni mayor a dos años.(Decreto Legislativo N°1352, 2017).

Inc 2°.- Decreto Supremo cambia el tiempo de la prohibición temporal que no será menor de un año ni mayor de cinco años. En la ley originaria; la prohibición temporal no será mayor de cinco años. (Decreto Legislativo N°1352, 2017).

Una modificación importante es la realizada al inc. 3 del art. 5, toda vez que ahora la inhabilitación para contratar con el Estado podrá ser de carácter definitiva. Antes de la emisión del Decreto Legislativo n° 1352 solo se establecía la suspensión para contratar con el Estado por un plazo que no debía exceder los cinco años.

Por último, debemos informar que el Decreto Legislativo n° 1352 modificó la Quinta Disposición Complementaria Final de la Ley n° 30424 para exigir que cree un Registro de Personas Jurídicas sancionadas administrativamente, el cual será implementado por el Poder Judicial.

4.6. Compliance o Compliance Programs

Respecto al Compliance, no se ha modificado la regla que consiste en que la implementación de un modelo de prevención de riesgos penales permitirá la exención de responsabilidad, pese a la comisión del delito de cohecho activo transnacional o —tras la emisión del Decreto Legislativo n° 1352— de los delitos de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos o financiación del terrorismo, siempre y cuando tal fórmula de mitigación de riesgos haya sido incorporada con anterioridad a la comisión del mencionado ilícito.

Observamos que la regulación de los delitos que pueden conducir a la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas con este Decreto Supremo al aumentar los delitos muestra una tendencia a ir ampliando progresivamente el número de delitos, y el Estado al introducir que las Empresas deban tener manuales de procedimientos, esto persigue que exista un cumplimiento severo de la legalidad en las personas jurídicas, ya que al eximirles de responsabilidad si es que cuentan en su organización con un modelo de prevención eficaz que vaya de acuerdo a los riesgos, necesidades y características del negocio.

La reforma de la Ley 30424 del 2017, refuerza esta interpretación, el art. 17.2.5 *señala que el contenido del modelo de prevención debe atender a “las características de la persona jurídica”, de modo que en el caso “de la micro, pequeña y mediana empresa, el modelo de prevención será acotado a su naturaleza y características y solo debe contar con alguno de los elementos mínimos antes señalados”*. Esto indicaría dos cosas en cuanto a la culpabilidad, primeramente que aun tratándose de empresas con una menor complejidad organizativa, se podría argumentar la falta de

culpabilidad en base a un modelo de prevención igualmente menos complejo que, en cualquier caso, al igual que para la invocación de las eximentes incompletas, deberá contar necesariamente con el presupuesto esencial previsto en el art. 17.2.2 de la Ley reformada, es decir la “identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica”. Lo segundo, si el escaso grado de complejidad interna de la empresa impide diferenciar con nitidez a la persona jurídica de sus integrantes, entonces la empresa no podrá ser sancionada (y menos con una pena) porque carece de culpabilidad.

CAPITULO 5

APORTES Y RECOMENDACIONES AL DECRETO LEGISLATIVO N°1352 QUE MODIFICA LA “LEY N°30424 – LEY QUE REGULA A LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR EL DELITO DE COHECHO ACTIVO TRANSANACIONAL

5.1. Aportes que llevaron al Proyecto De La Ley N°30424

Como hemos visto del presente trabajo de investigación, que la tendencia en negar la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas, basadas en el principio del “societas delinquere potest” y que el estado peruano ha estado inmerso en ello, pero con el paso del tiempo se ha ido construyendo, el derecho penal moderno, con lo que el estado peruano ahora asume que la sociedad puede delinquir. Ante esto tenemos nuestro ultimo proyecto que Responsabiliza Administrativamente a la Persona Jurídica por los delitos mencionados en la citada Ley. Esta Ley se dio bajo los argumentos del tema de corrupción que acompaña al ser humano día a día, sin embargo el avance de la ciencias jurídicas, el derecho comparado, los tratados internacionales, se han ido perfilando, en que no basta únicamente por sancionar a la persona natural, y que se dejen impune a las Personas Jurídicas justamente creadas

para delinquir. En ese sentido que el Perú en el marco de las normas internacionales nos hemos unidos contra la lucha de la corrupción. Somos invitados de la Organización del Desarrollo Económico, para unirnos a esta lucha. El Perú con esta Ley tendría mecanismos eficaces para recuperar los decomisos por el delito de cohecho, podemos ver que ahora hay sanciones pecuniarias por estos delitos, tenemos con esta Ley el concepto de multas. Se ha entendido en la necesidad de avanzar contra la lucha de la corrupción. Hablamos primero del delito de cohecho activo transnacional, ahora con el decreto legislativo se ha incorporados otros delitos que abarcan el tema de la corrupción. Esta Ley busca la autonomía de la Persona Natural y la Persona Jurídica ya que imputando estos delitos a una persona, está podría fugarse desaparecer e incluso cuando el delito prescribe.

Con esta Ley nos estamos integrando a tendencia internacional siendo casi uno de los últimos países en incorporarnos, como lo ha dicho anteriormente la citada Ley, que incluye también el modelo de prevención que podría ser un atenuante o eximente de Responsabilidad a las Personas Jurídicas, estamos hablando del Compliance.

5.2. Recomendaciones al Proyecto De La Ley N°30424

La Ley N°30424, a mi parecer es una Ley limitada y que faltan muchos parámetros por cumplir a la comparación de las regulaciones internacionales, una de ellas es que nos habla de una Responsabilidad Administrativa, pero que toda la investigación y el juzgamiento se hará mediante un proceso Penal, la otra falencia es que solo configura delitos de corrupción, con un listado de delitos, debería dejar abiertamente la posibilidad de poder sancionar a estas Personas Jurídicas, por otros delitos que

pudieran cometer bajo el telón de la Empresa; otros países han regulado responsabilidad hacia estas Personas, que afectan por ejemplo al medio ambiente, o también el caso de explotación de personas por el delito de Trata de Personas, y delitos que pudieran configurarse. Pero puedo llegar a la conclusión de que estamos encaminado exitosamente en las nuevas tendencias que acarrea la modernidad y por ello debería incrementarse la lista de delitos, claro a ello esta que nuestro legisladores, deben estudiar y ahondar en este tema de responsabilidad de las Personas Jurídicas, para que este paso sea exitoso.

CONCLUSIONES

1. Tratándose de sociedades o empresas hablamos en todo momento de delitos de naturaleza dolosa. En tal sentido resulta fundamental estudiar el aspecto volitivo de la conducta de la empresa; en tal sentido hemos arribado a la seguridad de que sí existe intencionalidad por parte de los entes societarios, solo a través de sus órganos administrativos y en razón de su organización (la misma que debe tener como objeto el delito), siendo que además no puede ser cualquier sociedad o toda sociedad, solo será materia de imputación la sociedad que revista cierta complejidad en su organización que le permita desarrollar una idea delictiva.

2. La imputabilidad de los delitos está directamente relacionada a la capacidad de la persona jurídica. Esto es el análisis de su capacidad de goce, de derechos, su capacidad para ejercitar acciones legales, comerciales, tributarias, laborales. Si puede desarrollar

todas estas facultades, entonces concluimos que será también plausible de desarrollar conductas criminales, siempre desde la perspectiva de colectividad.

3. El principio “societas delinquere non potest” ha quedado desfasado frente a las nuevas tendencias del derecho penal, siendo que hoy en día es posible atribuírsele la comisión de delitos a los entes societarios.

4. La Ley N°30424 y su modificatoria el Decreto Legislativo N°1352 y su modificatoria el Decreto Legislativo N°1352, sancionan administrativamente a las Personas Jurídicas que estén inmersa en los delitos de cohecho activo transnacional, cohecho activo específico, cohecho activo genérico, lavado de activos y financiación del terrorismo. Esta Ley es una norma relativamente nueva para nuestro ordenamiento jurídico, ya que antes estábamos basados en el concepto del principio, pero gracias al avance del Derecho Penal Moderno, nosotros tenemos que estar a la altura de los ordenamientos jurídicos de nivel internacional. El Perú ha sido invitado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico y Organizaciones Internacionales que está en lucha contra la Corrupción. Que no solo el funcionario público puede cometer estos delitos, sino también se aprecia en la actualidad y con mas frecuencia, entes privados que cometen actos de corrupción, sobornos, tenemos un ejemplo claro el caso de “Odebrecht” que sería un claro ejemplo de responsabilidad si se logra probar que el colectivo empresarial estaba inmerso en delitos de corrupción.

5. Ahora el estado Peruano está avanzando junto a las tendencias internacionales, como se explicó anteriormente se debe ahondar en el tema y analizar sobre otros delitos que pueden cometer estas Empresas disfrazadas para cometer actos ilícitos.

BIBLIOGRAFÍA

<http://www.terragnijurista.com.ar/doctrina/societas.htm>. (s.f.).

Arana, R. P. (2015). *Teoría del Delito*. Lima: Pacífico Editores S.A.C.

Caro Coria, D. C., & Reyna Alfaro, L. M. (2016). *Derecho Penal Económico - Parte General Tomo I*. Lima: Jurista Editores .

Cavero, P. G. (2002). *La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas órganos y Representantes*. Lima: ARA EDITORES.

Código Penal. (2012). Lima: Juristas Editores.

Decreto Legislativo N°1352. (06 de Enero de 2017). *Decreto Legislativo N°1352* . Lima, Lima, Perú.

Espinoza, J. E. (2011). *Derecho de la Responsabilidad Civil*. Lima: EDITORIAL RODHAS SAC.

Gómez - Jara Diez, C. (2012). *Modelos de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas*. Lima : ARA EDITORES.

Gunther, J. *Sociedad, Norma y Persona, en una Teoría de un derecho penal funcional*.

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2016/05/31/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas-por-el-delito-de-cohecho-activo-transnacional-ley-n-30424/>. (s.f.). Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/dpenaleconomicoyddhh16/2016/05/31/ley-que-regula-la-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas-por-el-delito-de-cohecho-activo-transnacional-ley-n-30424/>.

Hurtado Pozo, J. M. (2004). *Manual del Derecho Penal - Parte General, Tomo I*. Lima: IDEMSA.

Jackobs, G. (1997). *Derecho Penal - Parte General Fundamentos y Teorías de la Imputación*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas S.A.

Ley General de Sociedades N°26887. (19 de Noviembre de 1997). *LEY GENERAL DE SOCIEDADES* . Lima, Lima, Perú.

LEY N° 30424. (01 de Abril de 2016). *LEY QUE REGULA LA RESPONSABILIDAD* . Lima, Lima, Perú.

Loo, F. J. (22 de Marzo de 2016). *Linares Abogados* . Recuperado el 22 de marzo de 2017

Loo, J. F. (22 de Marzo de 2016). *Linares Abogados*. Recuperado el 20 de mayo de 2017, de Linares Abogados: <http://www.linaresabogados.com.pe/una-mirada-a-la-responsabilidad-de-las-empresas-por-cohecho-transnacional/>

Mendaña, R. J. (2016). *Acción Penal* . Lima: Ediciones BLG.

Osorio Moreno, C. A. (26 de Marzo de 2016). *Marco Antonio Terragni, Profesor de Derecho Penal* . Obtenido de <http://www.terragnijurista.com.ar/index.htm>

Pariona Arana, R., & Pérez Alonso, E. (2015). *Teoría del Delito*. Lima: INSTITUTO PACÍFICO.

Pozo, J. H. (2005). *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Pozo, J. H. (2005). *Manual del Derecho Penal Parte General I 3ra Edición*. Lima: Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal Parte General Tomo I - Fundamentos de la Estructura de la Teoría del Delito*. Madrid (España): Thomson Civitas.