

¿LA EMPRESA COMO SUJETO DE DERECHO PENAL EMPRESARIAL?

Luis Felipe Bramont-Arias Torres¹

1. La Empresa

1.1 Definición Económica y Jurídica

La definición jurídica de empresa presenta el debate sobre su naturaleza jurídica, lo que ha originado que se prefiera usualmente utilizar una definición económica de empresa. Empero, el objetivo de considerar a la empresa como sujeto del derecho penal requiere configurar un concepto jurídico de empresa. Desde la economía, la empresa se define como la combinación o conjunción de capital y trabajo destinado a la producción y distribución de bienes y servicios; lo cual supone que se trata de una “organización” que combina recursos materiales, inmateriales y personales (conjunción de capital y trabajo) destinados a un plan común a través de diversas actividades (producción y distribución de bienes y servicios). Este concepto es válido para los modelos económicos de planificación total, de mercado y mixtos, en tanto, en todos ellos, la empresa como organización interviene en el proceso económico de producción, distribución y consumo de bienes y/o servicios.

La definición jurídica de empresa, debate su naturaleza jurídica, entre “fondo empresarial” u “objeto complejo”. Como “fondo empresarial” se identifica a la empresa con su patrimonio como la unión de bienes materiales e inmateriales; mientras que como “objeto complejo” se incorpora al patrimonio su elemento organizacional como valor, cuyo destino está afectado a un fin económico (Morales, 2018). Estas propuestas se estructuran bajo la figura del empresario, quién a través de la organización realiza su actividad económica. En este sentido, la empresa se entiende como hacienda empresarial constituida por la combinación de elementos objetivos o instrumentos materiales e inmateriales puestos a disposición del empresario (Messineo, 1979, págs. 293-301). Incluso, la empresa como persona jurídica se considera como una creación humana a su servicio. Siendo así, la empresa tiene una dependencia absoluta respecto de sus órganos de dirección y/o administración, los cuales responden a la imagen del empresario.

Recién, con base en la teoría administrativa o de administración se resalta a la empresa como estructura organizacional que toma decisiones bajo el esquema de entradas, procesos y salidas. Aparecen así varios aspectos a contemplar, tales como un plan común a conseguir a través del esfuerzo de varias personas y el uso eficiente de los recursos escasos para mejorar su productividad en el marco

1 Profesor de Derecho Penal Económico en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Penal de la Empresa en la Universidad de San Martín de Porres y Profesor de Derecho Penal I – Parte General en la Universidad de Lima y en Universidad Femenina del Sagrado Corazón (UNIFE).

de los costes, la tecnología y la demanda. La empresa realiza una serie de actos administrativos para el cumplimiento de sus fines, todos los cuales se integran para mejorar su eficiencia y por ello se configuran como actos derivados de su estructura organizacional tendiente al cumplimiento de sus funciones.

La visión de la empresa como estructura organizativa sigue siendo estática y dirigida por sus integrantes, dado que no incluye su componente social, esto es, sus vínculos sociales, los cuales suponen contemplar su grado de autonomía en la toma de decisiones. Actualmente, la empresa es un actor principal de la sociedad moderna (especialmente en el ámbito económico), lo cual, incluso ha dado lugar a que se califique a la sociedad actual como una sociedad de organizaciones.

La observación de que las empresas son actores sociales, se refuerza por la teoría de los sistemas sociales de Luhmann. Bajo esta propuesta, es posible calificar a las empresas como sistemas, esto es, unidades diferenciadas de los otros sistemas, incluyendo el sistema psíquico cuyo titular es la persona individual. En base a dicha teoría, se califica a las organizaciones como sistemas autorreferenciales, esto es, adquieren en el transcurso del tiempo una complejidad interna que les permite tener capacidad de autoorganización, autodeterminación y autoconducción, distinta a los otros sistemas que forman parte de su entorno.

Las empresas se convierten en titulares de las relaciones que entablan con otros, sean personas, instituciones u organizaciones; y sus miembros son delegados que expresan las comunicaciones dispuestas por la organización empresarial. Es así que, el ordenamiento jurídico les atribuye libertad organizativa, de lo cual surge como consecuencia jurídica la responsabilidad por el uso de esa libertad. La libertad organizativa de la empresa le permite tomar por sí misma (en función de su complejidad) una serie de decisiones, tales como configurar su estructura organizativa, elegir su actividad económica, lo cual incluye determinar su objeto social, su tamaño, el mercado en el cual desarrollará sus actividades, su política de inversiones, su estrategia económica y sus recursos humanos. El ejercicio de estos derechos es conocido como libertad de empresa.

En el Perú, los artículos 58° y 59° de la Constitución Política al referirse al “Régimen Económico” establecen como principios generales; la libertad de la iniciativa privada, la libertad de empresa, la promoción de las pequeñas empresas y la actividad subsidiaria del Estado en la actividad empresarial (Constitución Política del Perú [Constitución], 1993). Estos principios no sólo reconocen a la empresa como sujeto de derechos y obligaciones al consagrar la libertad de empresa sino también como un actor social principal en las actividades económicas; reduciendo al Estado a participar en forma subsidiaria como agente económico.

1.2 La Empresa Como Sujeto de las Relaciones Sociales

El derecho y el derecho penal en particular tienen como punto de partida u objeto de regulación a las relaciones sociales que se producen entre los sujetos en el ámbito de la convivencia social. Las sociedades requieren que determinadas expectativas sociales se institucionalicen normativamente permitiendo la convivencia pacífica en beneficio de sus integrantes.

El derecho penal identifica las relaciones que resultan indispensables para la

existencia o funcionamiento adecuado del sistema social y las convierte en síntesis normativas que constituyen reglas de actuación que se identifican con el modelo social imperante. En la actualidad, las relaciones sociales no solo se producen entre sujetos, sino también con instituciones y empresas. En el caso de éstas últimas, las relaciones son intensas dada su presencia en casi todos los ámbitos de la vida social, especialmente para satisfacer las necesidades sociales. Incluso, las empresas tienen una mayor potencialidad social y económica respecto de las personas naturales.

La potencialidad social y económica se entiende como el poder de determinar o influir en las necesidades sociales y económicas, o en todo caso, de ser un sujeto capaz de: proponer normas sociales y/o jurídicas que configuren la estructura social y de generar la riqueza de las sociedades dando solución a los problemas económicos. Esta posición de la empresa, la convierte en un sujeto con un peso específico mayor al de otros en la vida social.

Es más, la empresa, en el ámbito de las relaciones sociales en las que interviene, adquiere la capacidad de definir los riesgos no permitidos de sus propias actividades empresariales, en función de su mayor conocimiento técnico y científico; evidenciado que el Estado por sí mismo, no puede detectar con precisión y eficiencia los riesgos de la actividad empresarial.

1.3 Estrategia del Estado Respecto de Riesgos no Permitidos de la Actividad Empresarial

La función de la empresa de cierta complejidad en la sociedad moderna es la de contribuir a definir los riesgos no permitidos provenientes de su actividad; lo cual, ha dado lugar a que el Estado le asigne una tarea pública consistente en ser partícipe en la propuesta, debate y control de aplicación de normas jurídicas que regulen su actividad. El Estado recurre a la empresa para que intervenga en una política de prevención de riesgos no permitidos para bienes jurídicos; en este sentido, aparece la figura del oficial de cumplimiento, quién (en su labor al interior de la empresa) implementa medidas de prevención a través de la detección, monitoreo y reporte a la autoridad de riesgos empresariales.

El Estado requiere de la capacidad técnica de la empresa para la elaboración de normas jurídicas; por lo cual, la estrategia estatal ha virado desde el control central y monopolístico al control a través de fiscalizar el cumplimiento de los mecanismos de control interno de riesgos definidos por la empresa. Estos riesgos son también definidos por los gremios empresariales, las Organizaciones no Gubernamentales (ONGs) y los grupos de interés. El Estado construye lo prohibido de manera general a través de exigir a las empresas una determinada estructura de cumplimiento de las normas que incluya áreas de denuncias y oficiales de cumplimiento en el marco de un plan de prevención, dejando el detalle o concreción de lo prohibido a las reglas técnicas, así como a las reglas generales de cuidado que son definidas con participación de la empresa. Con relación a las reglas jurídico penales, la empresa también interviene en su formación; y además por ser normas de remisión a regulaciones de sectores económicos, la intervención de la empresa

también se manifiesta en ese ámbito.

Ahora bien, lo que se acaba de detallar no es posible de extender a todo el universo de las empresas sino solo a la que tenga cierta complejidad con potencialidad social y económica que la haga capaces de participar en las decisiones de poder, incluida la formulación de normas.

Cabe destacar que, si bien como regla general toda empresa debe evitar incurrir en riesgos no permitidos para los bienes jurídicos, sólo en algunos ámbitos el Estado exige una organización correcta mediante un plan de prevención de riesgos aprobado por la autoridad. En estos casos, la empresa aparece como interlocutor en la definición de lo prohibido, esto es, como sujetos que intervienen en la formación de las normas, lo cual a su vez y por equivalencia lógica también los hace responsables del cumplimiento de dichas normas. Si la empresa tiene la capacidad de proponer normas también tiene la obligación de cumplir con dichas expectativas normativas, debiendo ser responsable en caso de incumplimiento.

Aunque, en sociedades como la peruana la mayoría de empresas queden excluidas de ser catalogadas como interlocutores válidos, y solo responden a la voluntad de sus miembros; cada vez y en mayor medida, en virtud de la globalización económica, se instalan o realizan actividades económicas en diversos países, empresas con las características complejas antes mencionadas.

Siendo así, es posible distinguir entre empresas cuya organización sea únicamente un instrumento en manos de sus miembros, y empresas complejas, cuyo funcionamiento no responde a la voluntad de sus miembros sino a su propia estructura organizativa. Respecto de estas últimas es posible explorar los requisitos para considerarlas como sujeto del derecho penal empresarial.

2. Imputación Penal a las Empresas

2.1 Aspectos Generales

La imputación penal a la empresa parte de exigir determinadas características para considerarla como sujeto del derecho penal. Estas características o exigencias normativas varían en función del sistema jurídico vigente en cada país, el cual responde a una determinada concepción del derecho. Así, en los modelos anglosajones no existe mayor inconveniente en considerar a la empresa como sujeto del derecho penal y aplicarle sanción penal; mientras que, el modelo romano germánico presenta una serie de inconvenientes vinculados fundamentalmente a la estructura que sustenta la responsabilidad penal individual, entre los que cabe mencionar, la capacidad de acción, la imputación subjetiva, la culpabilidad y la función de la pena.

El sistema anglosajón tiene como punto de partida la importancia de la empresa en la actividad económica en el marco de un modelo económico tendiente al libre mercado. En ese contexto, las empresas constituyen entidades fundamentales para enfrentar los problemas económicos más relevantes, como son el desempleo y la inflación; lo cual repercute en que el poder económico de la empresa se manifieste en poder social y político, dando lugar a su

participación activa en las decisiones de la sociedad. A diferencia de ello, en sistema romano germánico siempre ha tenido un peso mayor el Estado respecto de los problemas económicos en el marco de un sistema de economía social de mercado, lo cual disminuye la injerencia de la empresa en las decisiones sociales (Nieto, 2008).

En consecuencia, la imputación de responsabilidad penal a la empresa se sustenta en la concepción que de ella se tenga en una determinada sociedad, lo cual, a su vez, fija los requisitos que cada sistema jurídico exija -como mínimo- para calificar a la empresa como sujeto del derecho penal. A lo señalado, se debe agregar la condición actual de la empresa como personaje principal del mundo globalizado, el cual presiona en la uniformización de reglas para la imputación penal a la empresa, requiriendo que los Estados nacionales implementen las mismas reglas de imputación en sus ordenamientos jurídicos, bajo criterios de eficiencia, tales como respuestas rápidas y destinadas a construir mecanismos de prevención contra conductas dañinas para las relaciones económicas (Silva, 2006, pág. 82).

2.2 Modelos de Imputación de Responsabilidad Penal

Los modelos de imputación de responsabilidad penal propuestos para la responsabilidad de las personas jurídicas son aplicables para la responsabilidad penal de la empresa. Dichos modelos pueden clasificarse en modelos por atribución, por el hecho propio y mixtos.

El modelo por atribución imputa responsabilidad penal a la empresa por el hecho de uno de sus integrantes, siempre y cuando dicho hecho se encuentre conectado con la persona jurídica, denominándolo *hecho de conexión*. En este caso, los modelos son más restringidos o amplios en función del alcance de los integrantes que pueden realizar el hecho de conexión. Será más restringido si el hecho de conexión queda limitado a aquellos integrantes que formalmente califican como órganos de dirección, administración o representación según las reglas del derecho civil; mientras que, será más amplio si el hecho de conexión se extiende a todo integrante de la empresa, aunque no tenga las calidades mencionadas siempre y cuando realice un acto que sea parte de la actividad empresarial.

Los criterios de conexión mencionados se presentan como insuficientes para legitimar la imposición de sanciones, por lo cual se agrega que, el hecho de conexión debe ser realizado en beneficio directo o indirecto de la empresa. Este beneficio fortalece el sustento de la sanción al vincular de forma más intensa el hecho del integrante con la empresa y permite dotar de mayor contenido material al hecho de conexión, término preferible al otro utilizado por la doctrina que alude a un hecho de referencia.

Este modelo, no considera a la empresa como un sujeto del derecho penal por sí mismo sino como un sujeto que actúa a través de sus integrantes y que bajo ciertas condiciones se le atribuye el hecho realizado (hecho de conexión) por sus integrantes. Desde la teoría del delito, el injusto culpable es realizado por el integrante de la empresa, por lo cual recibe la pena respectiva y además dicho delito

se transfiere a la empresa, sin que sea necesario establecer si la empresa realizó injusto culpable alguno. Siendo así, no es necesario calificar a la empresa como receptora de normas jurídico penales calificadas como directivas de conducta ni como valoraciones, bastando con requerir capacidad de infracción a la empresa, la cual se manifiesta a través de la actuación de sus integrantes.

En este sentido, este modelo no presenta inconvenientes respecto de la falta de capacidad de acción y/o de culpabilidad de la empresa, ya que sus integrantes le transfieren dichas capacidades. Los problemas se presentan en los casos en que no es posible imputar responsabilidad penal a sus integrantes y por ende no se puede transferir la misma a la empresa, específicamente en supuestos de inculpabilidad (error de prohibición) o imposibilidad de ejercer o continuar la acción penal por existir un caso que impida su ejercicio o continuidad (muerte, prescripción, etc.).

Ahora bien, detrás de este modelo de atribución, se puede observar como fundamento de la transferencia del hecho de sus integrantes, a la elección que hizo la empresa de dichos sujetos, lo cual configura una culpa in eligendo. Sin embargo, este tipo de culpa, desarrollada en el derecho es solo suficiente para imputar una responsabilidad de carácter civil sustentada en el riesgo que la empresa origina al elegir a un sujeto para que actúe en su nombre.

De otro lado, el modelo por hecho propio, propone imputar responsabilidad penal a la empresa por un hecho realizado directamente por la organización empresarial, lo cual supone considerarla como sujeto de derecho penal empresarial. La teoría del delito en este caso debe proporcionar sustento para atribuir a la empresa en forma directa un injusto culpable propio.

Los modelos por hecho propio tienen como punto de partida la consideración de la empresa como sujeto directo de las relaciones sociales en tanto organización independiente de sus integrantes y capaz de ser influenciada por las normas jurídicas. En ese sentido, se imputa un hecho propio a la empresa en base a su propio *dominio de organización*.

En este sentido, destaca la posición del profesor Günter Heine (2008), quién señala que la empresa participa en la vida social con mayor potencialidad material y social que las personas individuales y que por ello, es competente respecto de los procesos peligrosos que genera en su actividad empresarial. Agrega que, a pesar de ello, el derecho no utiliza normas jurídico penales dirigidas directamente a la empresa para prevenir los riesgos de su actividad; existiendo evidencia que la prevención dirigida a las personas individuales que la integran resulta insuficiente, al igual que las respuestas jurídico civiles y administrativas aplicables directamente a las empresas. Esta situación origina que el Estado deba activar mecanismos de prevención de los riesgos sistémicos que presenta la actividad empresarial, lo cual supone recurrir a la empresa para que, en base a sus conocimientos técnicos especializados que resultan de difícil acceso para el Estado, defina los riesgos no permitidos e implemente un plan de prevención de riesgos. De esta forma, la forma de intervención del Estado para evitar los nuevos riesgos provenientes de la actividad empresarial, supone que se convierta en un controlador del control interno que la propia empresa se autoimpone.

En este contexto, Heine coloca a la empresa como sujeto competente por los riesgos empresariales en atención a su libertad organizativa, y le atribuye jurídicamente una posición de garante, en estricto de garante de supervisión respecto de los actos de sus integrantes en el marco de la actividad empresarial (2008). En consecuencia, la empresa responde de los actos de sus integrantes en comisión por omisión, esto es, por no haber cumplido con el deber de vigilancia que hubiera impedido realizar dichos actos a sus integrantes. Desde esta perspectiva, se presenta a dos responsables por el resultado producido, esto es, a la persona individual por el dominio del hecho y a la empresa por su dominio de organización. En este punto, la conducta de la persona individual al interior de la empresa constituye una condición objetiva de punibilidad del injusto de la empresa destinado a otorgar relevancia penal a la conducta propia de la empresa. De tal forma que, esta propuesta distingue el injusto de la empresa del injusto de la persona individual que actúa dentro de la organización empresarial.

El acto propio de la empresa, desde la perspectiva objetiva de Heine, consiste en la defectuosa administración de riesgos empresariales que no impide el injusto individual. En el plano subjetivo, el dolo es concebido como una representación social atribuida a la empresa en función de sus áreas competentes, fundamentalmente el área legal y/o el área de seguridad. Se trata de un conocimiento global de las áreas y no de un conocimiento individual de los integrantes de dichas áreas. Finalmente, respecto de la culpabilidad, la misma se presenta como un estado que surge a través del tiempo y que es resultado de múltiples decisiones de la organización empresarial que evidencian una conducción de la actividad o cultura empresarial defectuosa.

Cabe mencionar que, la propuesta de Heine deja abierta la discusión respecto de qué requiere una empresa para adquirir una organización suficiente que la califique como titular de un propio *dominio de organización*, esto es, una organización que pueda ser independiente de sus integrantes. Asimismo, se abre la posibilidad de debatir si dicho dominio solo se presenta respecto de determinados delitos y empresas; lo cual se sustenta en la mayor regulación jurídica por parte del Estado, ya sea esta en forma directa o indirecta a través de controlar los planes de prevención elaborados por las empresas, en ciertos ámbitos sociales y respecto de ciertas empresas.

Por su parte, Carlos Gómez-Jara, comparte con Heine la calificación de la empresa como sujeto titular de relaciones sociales a la cual se dirigen las normas jurídicas, considerándola también como organización empresarial (2008). Sin embargo, Gómez-Jara sustenta su modelo en el constructivismo operativo que considera a la empresa como un sistema autopoyético, esto es, un sistema que se reproduce a sí mismo en base a su propia autorreferencialidad. El objetivo de esta propuesta es imputar responsabilidad penal a la empresa en tanto sistema organizativo equivalente funcionalmente al sistema psíquico cuyo titular es la persona individual.

Este modelo supone considerar a la organización empresarial como un sistema capaz de interactuar autónomamente en sus relaciones sociales; para lo cual,

la empresa debe configurar un sistema de orden superior, en el cual se pueda constatar su autorreferencialidad, expresada en encadenamientos hipercíclicos semejantes a los existentes en la persona individual calificada como imputable. De lo que se trata es de reproducir en la empresa, el mismo proceso de continua autorreferencialidad de la persona natural que le permite expresar su propia individualidad y autonomía. Siendo así, la empresa al igual que la persona individual son sistemas autorreferenciales, dado que, presentan una unidad que los distinga de otras personas, realizan un programa (con criterios propios) destinado a la toma de sus decisiones, eligen sus decisiones y las exteriorizan, siendo posible reconocer socialmente sus comunicaciones como expresión de su propia individualidad.

Luego de establecer que la empresa es un sistema autopoyético cuyo funcionamiento es equivalente a la persona individual, Gomez-Jara sustenta la capacidad de acción de la empresa en el reconocimiento por parte del derecho de la libertad de empresa, lo cual la hace competente para autoorganizarse libremente. De esta forma la libertad de autoorganizarse constituye el equivalente funcional entre la empresa y la persona individual en torno a su capacidad de acción. Esta capacidad dará lugar a la imputabilidad de la empresa, en tanto operativamente toma sus decisiones frente al entorno, siempre y cuando las comunicaciones internas de la empresa sean equivalentes funcionalmente a la conciencia de la persona individual, por su autorreflexión, lo cual supone un sistema de orden superior, esto es, un sistema complejo. Respecto de la capacidad de culpabilidad, recurre al concepto de ciudadanía corporativa como equivalente funcional a la culpabilidad de la persona individual, cuyo sustento se produce por el reconocimiento del Estado como sujeto titular de obligaciones y derechos, con capacidad de participar en la formación de las decisiones públicas por medio del ejercicio de su libertad de expresión, específicamente en la formación de normas sociales y jurídicas. La condición de ciudadano corporativo exige su fidelidad al derecho, la cual se cumple institucionalizando una cultura de cumplimiento o respeto al derecho que, en caso de estar ausente, configura la culpabilidad corporativa empresarial. Finalmente, considera que la pena en el derecho penal tiene como función la retribución comunicativa, la cual se dirige tanto a la persona individual como a la empresa, dado que, en ambos casos, la pena restablece comunicativamente la vigencia de la norma. En este sentido, la pena empresarial contribuye al éxito de la referida comunicación.

Respecto de la imputación subjetiva, Gómez-Jara proporciona una definición de dolo empresarial, el cual supone atribuir normativamente un conocimiento colectivo a la empresa sustentado en las diversas relaciones y modelos de vinculación entre las partículas de conocimiento individual (2008). Siendo así, el dolo se configura como la atribución de un conocimiento organizativo del concreto riesgo empresarial. De otro lado, con relación a la autoría, la empresa se presenta a través de su organización como el marco dentro del que actúa la persona individual; por lo cual, el hecho global final corresponde a la organización empresarial.

En resumen, el modelo de Gómez-Jara considera que el acto de la empresa se

expresa a través de su organización defectuosa y que el acto de la persona individual es parte del hecho global de la empresa en tanto expresión de su libertad empresarial. La organización defectuosa configura el injusto de la empresa; mientras que la ausencia de fidelidad al derecho configura su culpabilidad.

Además, de los modelos por atribución y por el hecho propio surge el modelo mixto, el cual sustenta la imputación de responsabilidad penal a la empresa en los elementos propuestos por ambos modelos, tales como el hecho de conexión, la organización defectuosa y la cultura empresarial de irrespeto al derecho. En este modelo, el *compliance* constituye un mecanismo unificador de los elementos antes mencionados, en tanto el plan de prevención de riesgos se dirige a evitar o disminuir la posibilidad de realización del hecho de conexión, así como a demostrar una organización correcta dirigida a evitar los riesgos no permitidos de la actividad empresarial, siendo a su vez, evidencia de una cultura de cumplimiento del derecho. Cabe mencionar que el Tribunal Supremo Español parece aplicar este modelo mixto para imputar responsabilidad penal a las empresas (Moreno-Piedrahita, 2019).

El modelo mixto, en algunas de sus propuestas supone la exigencia del hecho de conexión de la persona individual que se transfiere a la empresa y la determinación de la sanción en base a la culpabilidad de la empresa sustentada en diversos criterios, tales como su organización defectuosa o cultura de falta de fidelidad al derecho; mientras que, en otras propuestas supone combinar los elementos mencionados en los modelos anteriores a nivel del injusto, con lo cual queda vacía la categoría de la culpabilidad, por lo menos en los términos exigidos por el derecho penal clásico.

Cuando el modelo mixto incluye la culpabilidad empresarial, esto es, un reproche dirigido a la empresa, la establece en función de diversos criterios: deficiente cultura corporativa, organización defectuosa, por el carácter o conducción de la empresa, o por la reacción ante el delito. Frente a estas propuestas que provienen del modelo de responsabilidad por hecho propio, se suma la propuesta de Nieto, quién recoge elementos de la referida culpabilidad empresarial y la sustenta en un defecto de organización permanente, esto es, un defecto estable y estructural conectado con los actos individuales de sus integrantes (2008). Dicho defecto supone que sus administradores en el tiempo no han adoptado medidas de control y gestión destinadas a impedir o dificultar hechos delictivos de sus empleados y que una vez realizados, tampoco se facilita la identificación del infractor y la reparación del daño producto del hecho delictivo (Nieto, 2008, pág.11).

Asimismo, resulta llamativa la propuesta de Cigüela, quién establece un injusto estructural de la organización, entendido como un “estado de riesgo permanente” potencialmente lesivos para bienes jurídico ajenos desarrollado en el tiempo por un “meta sujeto” (organización compleja), caracterizado por estar compuesto por múltiples sujetos y carecer de una identidad autónoma respecto de sus integrantes (2016, págs. 2-9). El derecho frente a este “meta sujeto” que conforma un injusto estructural le atribuye responsabilidad sin requerir su culpabilidad (sin reproche ético), dado que su intervención co-explica el delito cometido

por sus integrantes. Se pretende así, responder a la influencia que ha tenido la organización en el delito individual, por haber proporcionado un ambiente criminógeno propicio para el delito individual, y que por ende la respuesta jurídica a nivel de responsabilidad debe ser proporcional a la magnitud de la influencia que haya tenido.

3. La Imputación Penal a la Empresa

La imputación penal a la empresa supone atribuir la realización de un delito a la empresa, sea a través del modelo de heteroresponsabilidad, de autorresponsabilidad o mixto. En este sentido, se trata de imputar a la empresa la realización de un injusto culpable. Estos elementos extraídos a partir de las normas penales constituyen valoraciones propias del sistema penal, imprescindibles para la imputación de responsabilidad de la empresa. La necesidad de imputación penal a la empresa surge principalmente por demandas político criminales, las cuales evidenciaron que los riesgos no permitidos a través de la actividad empresarial carecían de respuesta directa a la empresa, siendo insuficientes las respuestas penales aplicadas únicamente a las personas naturales que la integraban o la utilización de sanciones administrativas y/o medidas reparatorias.

Asimismo, a partir de los datos de la realidad-potencialidad económica y social de la empresa capaz de configurar riesgos no permitidos para bienes jurídicos que no pueden ser explicados completamente por los actos individuales de sus integrantes ni tampoco definidos en forma ajena a la empresa dado su avance técnico y tecnológico, se demanda respuestas normativas penales destinado a que la propia empresa diseñe una estructura organizacional que permita que sus actividades permanezcan dentro del riesgo permitido. Esta demanda de la política criminal dirigida a la intervención penal se conecta con la dogmática (mecanismo racional y predecible que fija los criterios para la aplicación y alcance de la norma jurídica penal) a fin de que esta proporcione el sustento material que otorgue legitimidad a la intervención penal, en forma alineada con el respeto a los fines socio políticos imperantes en una sociedad concreta. Esta legitimidad consiste en imputarle a la empresa capacidad de acción y capacidad de culpabilidad para atribuirle un injusto culpable que origine la aplicación de una pena con una función determinada.

3.1 La Necesidad de una Organización Empresarial Compleja

La empresa como sujeto del derecho penal solo puede ser determinada a partir de identificar en las relaciones sociales en que interviene, su propia comunicación, cuyo significado social es la realización de un injusto culpable. Por ello, para la determinación del sujeto del derecho penal empresarial se debe rechazar el modelo de heteroresponsabilidad, dado que, no propone un injusto propio de la empresa sino atribuye el injusto culpable de sus integrantes basados en su representación o beneficio obtenido por la empresa, situaciones que no permiten identificar ningún indicio de capacidad de acción o de culpabilidad en la empresa; violando así, el principio que sólo responde penalmente el sujeto que ha realizado el injusto de

forma culpable, dado que coloca claramente a la empresa como un tercero en el proceso comunicativo entre el delito y la pena.

En este sentido, la empresa será sujeto del derecho penal cuando la conducta relevante penalmente constituye una comunicación de la organización empresarial (injusto) siempre que dicha comunicación sea expresión de su falta de fidelidad al derecho (culpabilidad). De ello se deriva que, cuando la empresa se vincule a un hecho con relevancia penal sin observar los criterios mencionados, dicho hecho solo podrá ser imputado a la persona o personas individuales que la integran. En este caso, la aplicación de consecuencias accesorias o medidas administrativas sancionatorias a la empresa se sustenta en su calidad de sujeto, o incluso, objeto peligroso, al cual no cabe imputarle el injusto realizado ni menos aún la culpabilidad por su realización.

En consecuencia, las respuestas jurídicas aplicables a la empresa se sustentan en considerarla, sea como sujeto del derecho penal o como sujeto peligroso. Para considerar a la empresa como sujeto del derecho penal se requiere determinar que la organización empresarial realiza conductas propias que le son imputables penalmente, con autonomía absoluta o parcial respecto de sus integrantes; mientras que para calificarla como sujeto peligroso sólo se requiere establecer que ha sido utilizada por sus integrantes, quiénes realizan la conducta típica.

En este sentido, se debe revisar si la empresa, o bajo qué condiciones la empresa, puede ser calificada como sujeto con capacidad de acción, esto es capaz de realizar conductas propias que le sean imputables penalmente. La atribución de conductas a la empresa requiere de una organización compleja, capaz de tomar decisiones que sean producto de su propia estructura sin que dichas decisiones puedan ser identificadas como de titularidad de sus miembros. De forma más directa, se debe establecer la existencia de un dominio de la propia organización sobre sus decisiones independiente de la actuación de sus integrantes, quiénes para contribuir o tener injerencia en las decisiones se deben ceñir a las reglas de la estructura organizacional, las cuales determinan actuaciones o mecanismos a seguir para la toma de decisiones que no pueden ser dejadas de lado.

3.2 Plano Objetivo de la Conducta de la Organización Empresarial

3.2.1 Conducta Empresarial desde la Perspectiva Social. La propuesta respecto de la imputación penal a la empresa requiere de una conexión con la conducta realizada por una persona individual. De igual forma, la conducta empresarial de la persona individual no puede existir sin la empresa, desde que, la actuación de la persona individual fuera del ámbito empresarial daría lugar, únicamente, a una imputación individual sin consecuencias sancionatorias para la empresa. La relevancia penal de la conducta empresarial involucra tanto a la empresa como al sujeto individual y supone su valoración negativa a partir de la norma jurídico penal, así como la capacidad de la organizacional empresarial (incluida la persona individual) para evitarla.

En este sentido, el injusto empresarial se define a partir de la conducta descrita abstractamente en la norma penal. Esta conducta es una sola y se imputa al sujeto del derecho penal empresarial. Respecto de la formación de la conducta interviene tanto la organización empresarial como la persona individual. La conducta surge de la interacción entre ambos, los cuales son sujetos colocados en planos distintos; mientras la organización empresarial fija el marco de actuación de sus integrantes y fija reglas para la toma de decisiones (en algunos casos tiene previstas ciertos modos de decidir o criterios para la toma de decisiones), la persona individual actúa responsablemente dentro de ese marco.

Para mayor precisión, la interacción se realiza en el marco de la organización empresarial, esto es, la organización fija las tareas o funciones que corresponden a cada uno de sus integrantes y principalmente establece los mecanismos operativos que se deben seguir para la toma de decisiones, habiendo previamente establecido sus objetivos. La empresa, a través de la interacción, establece un modelo de relación con el exterior que se expresa a través de conductas empresariales ejecutadas por sus miembros, quiénes han aceptado dicho mecanismo al momento de unirse o mantenerse dentro de la organización. Efectivamente, algunas empresas, en el transcurso del tiempo van adquiriendo características propias que determinan su forma de relación con los sujetos o sistemas que existen en su entorno, adquiriendo complejidad, conformando, sobre la base de experiencias anteriores, modelos de respuesta a las diversas situaciones que se les presenta, los cuales determinan su actuación ante las posibilidades que surgen en sus concretas relaciones sociales.

En este contexto, la persona individual, miembro de una organización compleja, continúa o ejecuta las decisiones de la empresa, las cuales usualmente son recurrentes en el tiempo, esto es, se repiten; o en su caso, se generan utilizando análisis recurrentes, esto es, en función de su perfil empresarial. Esta descripción de las conductas empresariales demuestra la enorme influencia de la estructura organizacional en las conductas individuales, que se realizan en virtud de delegación de competencias asignada por la empresa. Sin embargo, dicha influencia no cosifica a los miembros de la empresa, ni los convierte en autómatas; por lo cual, resulta posible considerarlos como sujetos responsables. En algunos casos, dado el proceso descrito, resulta difícil imputar objetiva y/o subjetivamente la realización de la conducta descrita en la norma penal a las conductas individuales, en atención a su ubicación dentro del entramado empresarial. Evidencias de esta situación, están dadas por el desarrollo que ha tenido para la imputación individual, el principio de confianza como instituto de la imputación objetiva para el injusto en el ámbito de las organizaciones empresariales; y la ignorancia deliberada como mecanismo para imputar el dolo.

Desde la perspectiva de la teoría social, tanto el sistema empresarial como el sistema psíquico constituyen sistemas diferenciados entre sí,

presentando entre ellos una relación de sistema a entorno. A su vez, también se puede señalar que las organizaciones, que incluyen a las empresas, se presentan en la sociedad actual como el principal entorno de la vida humana (Rojas, 2017), lo que ha originado que se pueda sostener la existencia de una sociedad de organizaciones en el marco de una sociedad de riesgo. Por ello, la organización empresarial adquiere en las relaciones sociales cada vez más presencia y potencialidad, y su conducta corresponde a una comunicación que, desde el punto de vista de la teoría social, se produce por un acoplamiento operativo entre la organización y la persona individual que la integra, proporcionando una única comunicación que corresponde a la organización por ser titular de la relación social en la que interviene con el entorno. Con mayor precisión, en palabras de Luhmann, la “simultaneidad permite un acoplamiento momentáneo de las operaciones del sistema con aquellas que el sistema atribuye al entorno” (2006).

Cabe precisar que, si bien la conducta global expresada en el marco de las relaciones sociales corresponde a la organización empresarial, la misma también es representativa de la conducta de la persona individual, en tanto ésta ha realizado una conducta que se explica por la dinámica empresarial. El hecho global, incluida la ejecución a través de una persona individual, pertenece a la empresa, salvo que, la conducta individual se desligue de la comunicación propia de la organización empresarial.

En este sentido, se debe destacar que la empresa aparece como sujeto titular de las relaciones sociales en las que participa y por ende realiza conductas que constituyen comunicaciones con su entorno, y que, para realizar dichas comunicaciones, delega funciones, sobre la base de la especialización, entre sus integrantes; todo lo cual, lo lleva a cabo en virtud de su propia libertad organizativa. La empresa como titular de sus comunicaciones elige una respuesta entre las múltiples posibles en el ámbito de relación social, en el contexto de interacción con sus integrantes.

En resumen, en el ámbito objetivo se atribuye a la empresa como organización compleja la producción de comunicaciones propias (conducta) generadas en la interacción con sus integrantes, cuyas conductas individuales constituyen un reflejo o continuidad de la comunicación efectuada por la organización empresarial. Respecto de la conducta individual de sus miembros, la misma se integra, acopla o alinea a la conducta de la empresa, conformando un solo hecho global (Luhmann, 2006).

3.2.2 Conducta Empresarial desde la Perspectiva Jurídico Penal. Hasta aquí se ha mostrado la conducta de la empresa en el marco de sus relaciones sociales, tratando de explicar la relación que existe entre la estructura organizacional y sus integrantes en las comunicaciones que la empresa efectúa hacia el exterior, esto es, en las relaciones con terceros. Sin embargo, todo lo dicho, constituye una explicación de la realidad, en el ámbito de la actuación de las empresas, pero todavía no configura una imputación

penal. La imputación penal requiere, bajo términos jurídicos, establecer quién está comunicando a través de su elección, entre diversas posibilidades de acción, una conducta contraria a la esperada por la norma penal. La descripción del proceso de producción de la conducta que socialmente se atribuye a la empresa constituye un proceso explicativo de la realidad o del acontecimiento realizado; pero no es suficiente para imputar, bajo criterios valorativos de carácter jurídico, la realización de una conducta relevante penalmente.

En este sentido, la norma penal no prohíbe resultados dañinos sino la realización de ciertas conductas a ciertos sujetos, de tal forma que la legitimidad de la intervención penal se produce cuando un sujeto capaz de afectar bienes jurídicos o para algunos de desautorizar la vigencia de la norma realiza la concreta conducta prevista en la norma penal (Caro, 2014). Este razonamiento obliga a colocar en primer término dentro de la teoría del delito al sujeto responsable a quién la norma penal le comunica o indica qué tipo de actuación defrauda la expectativa normativa. Usualmente, la teoría del delito, revisa la capacidad de acción del sujeto responsable en la culpabilidad (después de atribuir el injusto) y lo efectúa como un juicio negativo. Sin embargo, esto se produce porque se considera que todas las personas naturales tienen capacidad de acción, la cual solo se descarta luego de determinar el injusto.

En el caso de la empresa no es posible actuar de la forma antes descrita, ya que el punto esencial de análisis consiste en establecer su imputabilidad, esto es, si son capaces de realizar conductas que expresen un sentido de contrariedad respecto de la norma penal.

La capacidad de infringir el mandato normativo supone un ejercicio de racionalidad o para algunos de conciencia del sujeto frente a la conducta descrita como punible en la norma penal. Dicha norma, restringe la libertad del sujeto (prohibiendo una conducta) para conseguir un beneficio global establecido en el marco legítimo de coordinación de intereses contrapuestos. La racionalidad del sujeto supone la realización de un proceso interno de autorreflexión que lo lleve a elegir una respuesta al conflicto que se le presenta. La racionalidad del sujeto consiste en decidir y actuar en cumplimiento de la expectativa contenida en la norma penal a pesar que le puede resultar más beneficioso incumplir con el mandato normativo, por cuanto los demás restringen su libertad a su favor sin que él tenga que restringir su libertad (Kindhäuser, 2011). En este sentido, la capacidad de acción del sujeto responsable supone la capacidad del Estado de exigirle a un sujeto determinado un comportamiento conforme a la norma jurídica legítimamente aprobada, en atención a todas sus capacidades colocadas en una relación social concreta (Bustos, 2004).

En el caso, de las organizaciones empresariales se destaca la propuesta de Gómez-Jara respecto de la imputabilidad de la empresa. Para este autor, la empresa es imputable, en tanto presente cierto grado de complejidad

constitutivo de un sistema autopoietico de orden superior, y sea capaz de mostrar caracteres de autorreferencialidad, recursividad y reflexión equivalentes normativamente a la conciencia de las personas individuales. Agrega que, el derecho solo puede aspirar a atribuir personalidad, tanto al sistema individual como al sistema organizativo en base a indicios racionales de una autorreferencialidad suficiente, la cual se produce en atención a un proceso de encadenamiento de círculos hipercíclicos destinados a formar al actor corporativo, como sujeto distinto a sus integrantes que toma sus propias decisiones (Gómez-Jara, 2008, págs. 160-163). Los procesos para la toma de decisiones fijados por la organización empresarial, establecen entre otros aspectos: las áreas y sujetos competentes, los criterios o variables que deben ser tomadas en cuenta, las decisiones tomadas ante situaciones similares o idénticas, y los posibles efectos de las decisiones.

La propuesta mencionada describe un proceso para la toma de decisiones que permite concordarla con la identidad de la corporación. Sin embargo, y sin negar el esfuerzo de su elaboración ni tampoco la consecuencia de considerar el peso de la corporación en la decisión, no es posible establecer que el actor corporativo califique como titular de la toma de las decisiones de la corporación para efectos del derecho penal, el cual requiere de un sujeto que frente a la situación concreta realice un proceso de reflexión en base a su autoconciencia o racionalidad, y que producto de ello elija una conducta que la norma jurídico penal considere como punible. En nuestra consideración, la propuesta establece una estructura organizacional que establece un mecanismo para la toma de decisiones que incluye el perfil de la empresa frente a las posibilidades de decisión y que por ello influye en la toma de decisiones, pero que, no excluye el proceso deliberativo que los sujetos individuales realizan respecto de la decisión que finalmente se exterioriza. En consecuencia, la estructura organizacional no sustituye la decisión a cargo de sus miembros (quiénes conservan e imprimen su propia racionalidad), aunque en ocasiones dicha estructura les dificulte la comprensión o valoración del hecho global realizado.

En este sentido, la norma penal no se dirige a la empresa por carecer de capacidad de acción y porque la conducta punible descrita en la norma es atribuible a sus miembros, quiénes en su calidad de sujetos autorresponsables decidieron y ejecutaron dicha conducta. En estricto, la conducta de la empresa corresponde a la conformación de una estructura organizacional defectuosa que configura un “estado peligroso”. En realidad, es un resultado producido en el tiempo por el desarrollo de la empresa y el derecho penal no está legitimado para imponer penas frente a estados peligrosos o desarrollos defectuosos de las personas, ya que estos por sí mismos no afectan bienes jurídicos ni tampoco desautorizan la vigencia de la norma. La falta de capacidad de la empresa para realizar el injusto no impide que otras normas jurídicas puedan prever consecuencias frente a su organización defectuosa.

En concreto, la conducta que configura el injusto (normativamente establecido) es imputable a un sujeto autorresponsable, como es, el integrante o los integrantes de la empresa; quién o quiénes, en atención a su libertad organizativa y deber de fidelidad al derecho, ostentan poder decisorio y de ejecución respecto del injusto. No resulta posible imputar a la empresa dicho injusto, ni por criterios de transferencia del acto de la persona individual que actúe en su nombre ni tampoco por su influencia en el injusto emanada de su estructura organizacional.

3.2.3 La Organización Defectuosa Como Estado de la Empresa. La influencia que genera la estructura organizativa en la realización del injusto individual no es suficiente para calificar a la empresa como sujeto del derecho penal, en tanto dicho estado de la empresa no constituye una conducta descrita en la norma penal. La organización defectuosa se produce como resultado de una serie de conductas que a lo largo del tiempo han marcado un determinado modelo de funcionamiento de la empresa que se repite reiteradamente, el cual no se encuentra tipificado y que, desde un punto de vista valorativo, no es determinante para que el sujeto individual decida y ejecute el injusto.

En este sentido, no es posible sostener que, la norma penal que describe el injusto empresarial esté dirigida a prohibir a la empresa la conformación de una organización defectuosa que proporcione un ambiente dentro del cual, el sujeto individual realice dicho injusto. Es más, existiendo esa organización defectuosa, podría no producirse injusto alguno de la persona individual; o incluso no existiendo organización defectuosa, se podría producir un injusto de la persona individual que supere las medidas de prevención; todo lo cual, determina que la estructura organizativa defectuosa no constituye una conducta penalmente relevante. La vulneración de deberes generales de organización en las actividades empresariales no puede ser un elemento cuyo único sentido objetivo sea determinar o hacer decidir al sujeto individual por la realización del injusto.

Lo anterior evidencia que, en el nivel explicativo, la conducta de la empresa no puede ser independizada de la conducta de la persona individual para describir el delito realizado; pero en el nivel valorativo o de imputación penal, la organización defectuosa no califica como injusto penal, siendo además contingente respecto del injusto de la persona individual. Ahora bien, el Estado exige a ciertas empresas (considerándolo un interlocutor válido) en función de los injustos en que podrían incurrir, el cumplimiento de normas jurídicas que establecen una función cuasi pública consistente en la implementación de planes de prevención eficaces destinados a evitar los riesgos de la actividad empresarial, específicamente le solicita mecanismos de detección, monitoreo, control de riesgos, así como mecanismos de denuncias y la inclusión de un oficial de cumplimiento al interior de la organización. Dicho de otra manera, le exige que genere una

estructura organizativa que impida o dificulte la realización de delitos en el ámbito de su actividad empresarial.

La sanción prevista constituye una respuesta a la ausencia de esa organización eficaz de prevención de riesgos de empresas con cierto grado de complejidad y que actúen en ámbitos específicos. La existencia de una organización constituye una eximente de responsabilidad en tanto no se produce la violación del mandato normativo. Adicionalmente, la aplicación de sanciones exige que la empresa se haya beneficiado directa o indirectamente con el delito. Los supuestos mencionados evidencian, que se requiere una relación explicativa entre el injusto empresarial y la estructura de organización defectuosa.

De esta manera, las medidas de prevención de riesgos, constituyen una exigencia a las empresas para que colaboren con el Estado en el cumplimiento de sus funciones, esto es, previniendo delitos a través de crear normas penales, verificar el cumplimiento de las normas penales e imponer penas. En este sentido, la sanción a la empresa se produce por no colaborar en el cumplimiento de las funciones estatales. Esta finalidad no puede configurar un bien jurídico ni una expectativa social esencial, debiendo ser tomada como un mecanismo de ordenación.

Esta ordenación a través de los planes de prevención de riesgos permite determinar las conductas punibles, identificar a los sujetos individuales competentes por dichas conductas, establecer la medida proporcional de la pena en función del injusto o de la culpabilidad atribuida a las personas individuales. En este sentido, la relación entre la organización defectuosa de la empresa y el injusto empresarial individual justifica que su determinación se realice dentro de un proceso penal, en el cual, la determinación de la estructura organizacional defectuosa se sancione y a su vez permita esclarecer y asignar a la persona individual la realización de su injusto culpable. A partir de lo dicho, en las empresas complejas que hubieran desarrollado y mantenido una estructura organizacional defectuosa (es decir, que no impidió o dificultó el delito de sus miembros) cuando les resultaba obligatorio conformar una barrera de contención contra dichos actos a través de implementar un plan de prevención de riesgos exigible normativamente, les corresponde responsabilidad acorde con su nivel de incumplimiento. Para mayor precisión, la responsabilidad no es directamente por la organización defectuosa desarrollada sino por no contar con un plan de prevención de riesgos que le resulta exigible, sea por su actividad o por los injustos que pudieran realizar sus miembros.

Estas medidas tienen alguna similitud con las sanciones por infracciones administrativas, pero revisten particularidades sea por su vinculación explicativa respecto de la realización de un delito y por constituir incumplimientos de deberes de colaborar con el Estado en la tarea pública de prevenir delitos. Asimismo, la particularidad de estas medidas es que su consecuencia trasciende a la empresa y afecta a sus accionistas y funcionarios, quiénes para evitar su aplicación por proteger sus propios intereses

impulsarán medidas destinadas a cumplir con las exigencias estatales de contar con mecanismo de prevención de riesgos.

3.3 Plano Subjetivo de las Conductas de las Organizaciones Empresariales

En el plano subjetivo se analiza el principio de culpabilidad, sea como expresión de un hacer personal o como la posibilidad de exigir una conducta conforme a derecho en función de las capacidades del sujeto (Bustos, 1958). El primer caso, revisa la relación personal entre el sujeto y el injusto; mientras que el segundo sustenta la reprochabilidad al sujeto por su falta de fidelidad al derecho, esto es, su culpabilidad.

De inmediato se presenta el inconveniente de establecer cuál es la conducta que en términos jurídico penales puede ser atribuida a la empresa; para a partir de ello, encontrar un vínculo subjetivo a nivel de dolo o culpa entre dicha conducta y la empresa. Como se señaló, no existe una imputación a la empresa de un hecho concreto contenido en el tipo penal, por lo cual, no es posible establecer un vínculo subjetivo con ninguna conducta que le resulte imputable penalmente (Meini, 2014, pág. 210). En este sentido, la organización defectuosa no constituye una conducta imputable penalmente a la empresa. La conducta imputable consiste en realizar la descripción abstracta contenida en el tipo penal, la cual, como se ha indicado, puede ser explicada en parte por la intervención de la empresa, pero no resulta imputable penalmente a ésta sino a sus integrantes.

En esta línea de trabajo, al no existir conducta objetiva penalmente relevante que sea imputable a la empresa, no es posible analizar la imputación subjetiva a título de dolo o culpa; siendo inaplicables las propuestas de sustentar la existencia de dolo en la imputación de conocimiento global de la empresa respecto del riesgo no permitido de la actividad empresarial representado por la existencia de su propia organización defectuosa o en base a la magnitud de dicha organización defectuosa.

Respecto del principio de culpabilidad ligado a la reprochabilidad por falta de fidelidad al derecho, dicha categoría supone establecer en primer término la existencia de un sujeto responsable, lo cual como se ha indicado precedentemente no es posible de atribuir a la empresa por su falta de capacidad de acción penalmente relevante.

4. A Modo de Conclusión

La figura de la empresa aparece inicialmente como dependiente absolutamente del empresario (persona individual), quién a través de ella desarrolla sus actividades económicas. Posteriormente, el crecimiento de la empresa exige al empresario la conformación de un orden administrativo para el desarrollo de sus actividades económicas, dando lugar a la organización empresarial. Finalmente, la empresa trasciende la mera organización administrativa y se convierte en un sujeto de las relaciones sociales, inicialmente de carácter económico y luego con poder social y político. En ese momento, ciertas empresas conforman una organización que adquiere una complejidad suficiente que les permite responder a su entorno con

una identidad social propia acorde con su perfil empresarial.

La empresa como sujeto del derecho penal sólo puede ser debatida respecto de las organizaciones empresariales complejas, en la cual adquiere cierta autonomía social en la interacción con su entorno, constituyendo una estructura organizacional que influye en sus miembros. Esta influencia permite co-explicar la conducta punible de sus miembros; pero no permite imputación penal por la defraudación de la expectativa normativa, en tanto la empresa carece de capacidad de culpabilidad, por lo cual, no califica como destinataria de normas penales. La estructura organizacional de la empresa no constituye un sujeto del derecho penal sino un estado alcanzado por el desarrollo de la empresa.

Sin embargo, resulta posible establecer una respuesta jurídica a la empresa compleja, en función que el Estado le asigna tareas cuasi públicas de prevención de ciertos delitos mediante la exigencia de incorporación al interior de su organización de planes de prevención de delitos. Esta tarea reconoce a la empresa la capacidad de reconocer, técnicamente, los riesgos de su propia actividad y por ende su contribución en la conformación de las normas destinadas a evitar dichos riesgos. En este sentido, la sanción a la empresa se produce por el incumplimiento de planes de prevención al interior de su organización y no por la conducta típica realizada por alguno de sus miembros. Dicha sanción no proviene de la falta de deberes generales de organización, los cuales resultan muy difíciles de precisar y más aún de calificar como determinantes para la realización de la conducta punible de sus miembros. Asimismo, la falta de deberes generales de organización se concreta en una organización defectuosa, la cual constituye un estado de cosas o de riesgo latente, que no podría ser objeto de sanción por sí misma, en tanto constituiría una respuesta jurídica a la identidad de la empresa o por su forma de conducir su actividad. En este sentido, la estructura organizacional defectuosa de la empresa no resulta suficiente para imponer una sanción, ya que constituye un resultado, por lo cual se requiere, para sustentar la sanción, de la ausencia de específicos planes de prevención de riesgos que le son exigidos normativamente. De esta manera, la sanción a la empresa se sustenta en el incumplimiento al mandato normativo expreso (conducta omisiva) respecto del cual, la empresa tuvo injerencia en su formación (responsabilidad).

En este sentido, la legitimidad de la sanción a la empresa no proviene de la realización de un injusto propio ni atribuido sino de su conducta infractora, es decir, omisión de planes de prevención de delitos, que constituye el incumplimiento grave o leve de deberes jurídicos específicos de organización, atribuida en virtud de su competencia (libertad de autoorganización) y de su responsabilidad (injerencia en la formación de dicha norma). Cabe agregar que, la sanción a la empresa requiere de una condición objetiva para su aplicación, la cual es, el injusto de la persona individual, en tanto, el mismo pueda ser explicado por la ausencia o insuficiencia de planes de prevención, que no colocaron condiciones objetivas para impedir o dificultar la realización del injusto individual.

La sanción a la empresa corresponde ser aplicada en el proceso penal en el cual se imputa el delito empresarial al sujeto individual, en tanto la ausencia o

insuficiencia de planes de prevención de delito que resulten obligatorios para la empresa, permite explicar e imputar (con mayor certeza) dicho injusto, al proporcionar el ámbito situacional en el cual actuó el sujeto. Efectivamente, los referidos planes permiten explicar la división de competencias internas y la ubicación del sujeto individual en la organización, lo cual proporciona insumos para la determinación de las exigencias típicas de imputación objetiva y subjetiva a dicho sujeto. De otro lado, también permite establecer una mayor certeza en la aplicación de la sanción a la empresa al establecer la injerencia de la empresa en la realización de la conducta típica individual, estableciendo el nivel de incumplimiento de los planes de prevención.

De lo dicho, la empresa no califica como sujeto del derecho penal empresarial y por ende la respuesta jurídica a ella no constituye una pena, teniendo una naturaleza *sui generis*. Por ahora, no resultan convincentes las propuestas analógicas o de equivalencia normativa para atribuir responsabilidad penal a las empresas, en tanto, la teoría del delito está arraigada en categorías dogmáticas elaboradas para el individuo. De igual forma, resulta insuficiente la respuesta de carácter meramente administrativo, en tanto la injerencia de la organización empresarial en la realización del injusto individual requiere de una respuesta de mayor intensidad. En este sentido, parece más razonable construir una imputación penal especial para las empresas (Abanto, 2011, págs. 89 - 91), bajo consideraciones de un derecho penal global. Por cuestiones de espacio no se analiza en el presente artículo las normas positivas que establecen respuestas a las personas jurídicas, tales como las consecuencias accesorias previstas en el Código Penal y leyes penales especiales, así como la Ley de Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.

En consecuencia, por ahora, es posible aplicarle una respuesta jurídica por la ausencia de planes de prevención de delitos, en donde se le debe imputar una conducta de omisión (no realización de la acción indicada) y una relación subjetiva con dicha conducta, evidenciada a través de la gravedad o levedad del incumplimiento de la implementación de los planes de prevención. Ambas, sustentadas en su competencia como colectivo y en su deber especial de colaborar con el Estado en la prevención de los delitos.

De lo dicho, la sanción a la empresa sólo se produciría en los casos en que el Estado previamente hubiera exigido un plan de prevención de riesgos. Asimismo, consideramos que la exigencia de dichos planes solo es posible en empresas con cierta complejidad y envergadura, ya que supone incorporar en su organización costos adicionales ajenos a su específica actividad empresarial.

Cuando no se exija la implementación de planes de riesgos específicos en la realización de la actividad empresarial y se realice un injusto individual, sólo sería posible aplicar a la empresa medidas de carácter asegurativo y no sancionatorio (Gracia, 1996, págs. 457 - 459).

Finalmente, en los casos en que la empresa no califique como tal, por haber sido creada o haberse convertido en un ente destinado sólo a la comisión de delitos corresponde su disolución, entendido como mecanismo de seguridad frente a objetos peligrosos.

REFERENCIAS

- Abanto, M. (2011). Responsabilidad penal de los entes colectivos: estado actual y reflexiones preliminares. En N. Sanchez, *Dogmática Penal - Homenaje a Klaus Tiedemann* (págs. 89 - 91). Lima: USMP: Fondo Editorial.
- Bustos, J. (1958). El principio de culpabilidad en el anteproyecto de Código Penal. *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad Complutense de Madrid*.
- Bustos, J. (2004). *Obras Completas, Tomo I, Parte General*. Lima: ARA Editores.
- Caro, J. (2014). *Manual teórico-práctico de teoría del delito*. Lima: ARA Editores.
- Cigüela, J. (2016). El injusto estructural de la organización. *Revista para el Análisis de Derecho*, 1 - 28. Obtenido de <https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1200.pdf>
- Constitución Política del Perú [Constitución]*. (1993). (Perú).
- Gómez-Jara, C. (2008). El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial. En C. Gómez-Jara, *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial* (págs. 142 - 194). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Gracia, L. (1996). *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*. Valencia: Tirant lo blanch.
- Heine, G. (2008). Modelos de responsabilidad jurídico-penal originaria de la empresa. En C. Gomez-Jara, *Modelos de Autorresponsabilidad penal empresarial* (págs. 18 - 53). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Kindhäuser, U. (2011). *Culpabilidad jurídico penal en el Estado Democrático de Derecho. Pena y Culpabilidad*. Buenos Aires: Editorial IBdef.
- Luhmann, N. (2006). *El derecho de la sociedad*. Mexico: Editorial Herder.
- Meini, L. (2014). *Lecciones de Derecho Penal. Parte General, Teoría Jurídical del Delito*. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Messineo, F. (1979). *Derecho Civil y Comercial. Tomo II*. Buenos Aires.
- Morales, A. (2018). La naturaleza jurídica de la empresa. *AGNITIO*. Obtenido de <http://agnitio.pe/articulo/la-naturaleza-juridica-de-la-empresa/>
- Moreno-Piedrahita, C. (2019). El ocaso de los modelos de responsabilidad penal de las personas jurídicas en la jurisprudencia y doctrina españolas. *Politica Criminal*. Obtenido de <http://politcrim.com/wp-content/uploads/2019/11/Vol14N28A8.pdf>
- Nieto, A. (2008). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Esquema de un modelo de responsabilidad pernal*. Madrid. Obtenido de <https://www.yumpu.com/es/document/view/15825704/la-responsabilidad-penal-de-las-personas-juridicas-adan-nieto-martin>
- Rojas, M. (2017). El sistema social organización; una propuesta de análisis teórico social. *Iberofórum. Revista de Ciencias Sociales de la Universidad Iberoamericana*, 12(24), 93 y ss.
- Silva, J. (2006). *La expansión del derecho penal: Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Buenos Aires: Editorial B de F Montevideo.